

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
Curso de Especialização (Pós-Graduação *latu sensu*) em Direito Penal e
Criminologia

O INDICIADO, UM SUJEITO DE DIREITOS

CURITIBA
2007
LUIZ CARLOS SOARES DA SILVA JUNIOR

O INDICIADO, UM SUJEITO DE DIREITOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista, Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Professor Doutor
Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA
2007

À minha esposa Luciane e
filho Luiz Felipe, meus
amores, minha vida.
Igualmente à minha mãe,
pela minha existência.

Agradeço ao amigo e mestre
Carlos Alberto Farracha de
Castro, pelo apoio irrestrito.

“[...] Quando o Estado se nega a reconhecer no investigado o ‘outro’ da relação persecutória, antes de proteger a cidadania da matriz acusatória, protege a si mesmo, fomentando a falecida estrutura inquisitiva e o autoritarismo que a sustenta”.

Autor: Fauzi Hassam Choukr

SUMÁRIO

RESUMO..... VIII

INTRODUÇÃO01

1. Breve Histórico da Persecução Penal03

2. O Indiciado – Sua posição frente ao Inquérito Policial22

3. O Indiciado – um sujeito de direitos.....28

CONCLUSÃO38

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS41

RESUMO

“Indiciado, um sujeito de direitos”.

Durante esses poucos anos no exercício da advocacia atuando diretamente com a justiça criminal, algumas das situações experimentadas junto aos órgãos componentes do sistema penal brasileiro, notadamente delegacias de polícia e varas criminais, trouxeram o interesse em realizar um estudo cujo intuito é identificar a posição ocupada pelo sujeito que é indiciado no âmbito do inquérito policial e/ou apenas representado nos chamados PCD's (Procedimento Criminal Diverso: instituto freqüentemente utilizado pelo Ministério Público Federal em investigações envolvendo crimes de lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional).

Para tanto, inicialmente fez-se um breve histórico da evolução do direito penal e processual penal deste os tempos da Grécia Antiga até os dias atuais, como forma de avaliar os princípios que fundam o atual ordenamento pátrio.

Em seguida, a intenção foi delimitar a posição ocupada pelo sujeito passivo durante a realização das investigações no inquérito policial e nos famigerados PCD's, demonstrando a exigência de serem respeitados direitos e garantias consagrados constitucionalmente. Por fim, debate-se diretamente a possibilidade de ser concedido o direito a ampla defesa e contraditório ao sujeito passivo nas investigações policiais. Além de serem invioláveis os direitos fundamentais do sujeito passivo, dentre os quais se inserem o da ampla defesa e o contraditório, foi observado o respeito que deve ser dado às prerrogativas profissionais do advogado, conforme dispostas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8906/94).

Conclui-se o estudo estabelecendo a idéia de que o interesse público existente na persecução criminal não tem como se sobrepor aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e tampouco às prerrogativas funcionais do profissional da advocacia, asseverando que o direito a ampla defesa e contraditório deve ser relativizado ao momento da produção da prova e início dos efeitos que porventura esta venha a produzir, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os interesses do sujeito investigado.

INTRODUÇÃO

Os advogados militantes na área criminal há muito tempo vêm enfrentando várias dificuldades quando necessitam exercer o seu trabalho na defesa de seus clientes, quando estes estão sendo investigados pela suposta prática de infrações penais, seja pela falta de estrutura do Estado ou pela falta de preparo dos funcionários públicos (Autoridades policiais).

Diante desse quadro, propôs-se o presente estudo, na tentativa de identificar dentro da nova realidade democrática brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição da República de 1988 e a legislação infraconstitucional posterior (Lei do Estatuto da Advocacia nº 8906/94), qual seria a posição ocupada pelo sujeito passivo nas investigações e a possibilidade (ou não) do reconhecimento de serem preservadas as garantias ao contraditório e ampla defesa, ainda na fase policial.

O desenvolvimento do texto segue em uma linha metódica, buscando num primeiro momento explicitar o desenvolvimento histórico do processo penal brasileiro, com finalidade de estabelecer o contexto em que o inquérito policial surgiu no ordenamento jurídico pátrio, para então, tecer críticas acerca da natureza concebida ao inquérito policial por grande parte da doutrina especializada.

Após, sugere-se um pensamento acerca da real posição ocupada pelo sujeito passivo nas investigações preliminares (inquérito policial), com a finalidade de se constatar com base na Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais que efetivamente são violados quando se ocupa a posição de investigado ou indiciado.

Enfim, discute-se acerca da possibilidade (ou não) de serem atendidos aos preceitos constitucionais do contraditório e ampla defesa ainda na fase de investigação pelas autoridades policiais.

Pela pesquisa realizada constatou-se que boa parte da doutrina reconhece a existência e necessidade de reconhecimento dessas prerrogativas, até como forma de garantir uma persecução mais justa. O contraponto se dá em razão da realidade do sistema penal brasileiro, composto por policiais despreparados, delegacias de polícia desestruturadas e, infelizmente, a corrupção praticada por uma parcela dos agentes públicos.

A conclusão procurou alinhar os ensinamentos da doutrina especializada, trazendo à lume diferentes pensamentos e posicionamentos, porém sem desviar o foco que é o reconhecimento da necessidade de serem realizadas as diligências policiais de forma imparcial e impessoal, em busca de apurar o evento criminoso e o seu agente, sem agredir a integridade moral e física das pessoas envolvidas.

1. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO PENAL

Para tratar adequadamente do tema do presente estudo, notadamente a posição do sujeito investigado no bojo do inquérito policial, como também em outros procedimentos adotados pelo Estado na apuração de crimes, e a prerrogativa de lhe serem concedidas as garantias constitucionais mínimas ao contraditório e ampla defesa, necessário analisar o desenvolvimento histórico da persecução penal até os dias atuais, com a identificação dos princípios que motivaram a criação do modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Desde a Grécia Antiga a repressão aos crimes já dispunha de mecanismos organizados, com a existência de Tribunais, Juízes, acusador e defesa. Os atenienses distinguiram os crimes públicos e os crimes privados, sendo que os primeiros, por atingirem a coletividade, a repressão era de iniciativa estatal; os segundos, por sua vez, como o dano produzido era de menos importância para o Estado, a repressão dependia exclusivamente de iniciativa da parte.

Entre os atenienses, o Processo Penal caracterizava-se “[...] pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates”.¹

Os mais importantes Tribunais atenienses eram os chamados de Assembléia do Povo, que tratavam exclusivamente do julgamento de crimes políticos graves. Nestes casos não havia nenhuma garantia para o acusado. Além deste, existia também o chamado *Areópago*, cuja competência se restringia ao julgamento de crimes como homicídios premeditados, incêndios, traição e outros que

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I, p. 79.

culminassem em pena capital; o Tribunal dos Éfetos, cuja competência delimitava-se aos homicídios involuntários e não premeditados e era composto por 51 Juízes dentre os membros do Senado; e, por fim, o Tribunal dos Heliastas de jurisdição comum.

Uma outra característica interessante dos Tribunais atenienses era de que em um mesmo julgamento poderiam funcionar até mesmo 6.000 Juízes.²

Na Roma antiga, do mesmo modo que na Grécia, havia a divisão entre crimes públicos e privados, sendo que nos primeiros o Estado atuava como um sujeito de poder público de repressão e nos segundos o Juiz apenas se limitava a examinar as provas apresentadas pelas partes e decidir.

O Processo Penal Público romano ultrapassou por três fases que se confundiram com a sua própria história, ou seja, a Monarquia, a República e o Império.

Na fase monárquica não havia limitação ao poder de julgar, o próprio Magistrado sabendo da ocorrência do crime procedia às diligências necessárias, a chamada *inquisitio*, e imputava a pena, sem qualquer garantia ao acusado. A defesa somente poderia ser exercida nos limites estabelecidos pelo próprio magistrado.³

Cezar Roberto Bitencourt ensina que “[...] No período da fundação de Roma (753 a.C.), a pena era utilizada com aquele caráter sacral que já referimos,

² Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho citando Faustin Hélie:

“Era a crença de que tantas cabeças asseguravam a melhor justiça, ou talvez a explicação esteja na cupidez de três óbolos que o Estado destinava a cada um dos Juízes, por crime que julgavam”. (ob cit., p. 80)

³ Foi uma fase histórica em que os Romanos premeditavam a conquista de outros povos e outras áreas, demonstrando a rigidez com que praticavam o seu direito e procuravam impor a sua cultura. José Henrique Pierangelli ensina que nesta época “[...] o objetivo dos romanos era o de subjugar os povos peninsulares e extrair a maior riqueza possível do solo conquistado”. (*Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas*, p. 25)

confundindo-se a figura do Rei e do Sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de Direito e Religião”.⁴

Para regular esse arbítrio do Juiz, surgiu a *provocatio ad populum*, uma espécie de apelação. O Magistrado, ao proferir a condenação com base nas provas obtidas durante a *inquisitio*, apresentava ao povo os elementos que fundamentaram sua decisão, porém, somente os *civis romanus* podiam se utilizar de tal expediente.

Na República⁵ surgiu o procedimento chamado de *accusatio*⁶, onde qualquer cidadão romano tinha o direito de acusar, excetuando-se os Magistrados, as mulheres, menores e as pessoas cujos antecedentes tivessem maculado a honra. Existia um Tribunal popular que ficava responsável em avaliar as provas expostas pelo acusador e pela defesa, manter a ordem e proferir a sentença.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, vol. I, p. 28.

⁵ O momento histórico refletido nos procedimentos adotados pelos Romanos fica claro na lição de José Henrique Pierangelli citando em trecho Braga da Cruz (*Historia do Direito Português*, Coimbra, 1985):

“Nessa segunda fase, sem que se possa abstrair o intuito prevalente dos romanos, inteiramente interesseiro e de rapina, ‘os romanos têm a preocupação de fazer participar os povos peninsulares da sua civilização, das suas instituições políticas e administrativas, e, sobretudo, do seu direito’. Inicia-se, assim, a romanização, mas esta é imposta sob o jugo das armas, razão pela qual as revoltas são constantes”. (*ob. cit.*, p. 25)

⁶ Interessante deixar consignado sobre a *accusatio* a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, acerca de como se iniciava o processo:

“Iniciava-se o processo com a *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quaesitor* – quem decidia se o fato alegado constituía crime e se não havia nenhum obstáculo para que a demanda fosse admitida. Aceita a *postulatio*, dava-se a *inscriptio*, isto é, inscrevia-se a *postulatio* no registro do Tribunal, e, uma vez inscrita, já não podia o acusador desistir e, ao mesmo tempo, nascia para ele o direito de proceder às necessárias investigações para demonstrar em juízo a acusação. Devia, pois, o acusado acompanhar a causa desde a *postulatio* até a decisão final – ‘*perseveraturum se incrimine usque ad setentiam*’. Punia-se a tergiversação com multa, ficando ainda o tergiversador proibido de proceder a outras acusações. Se na acusação apresentasse fatos falsos, incorreria no crime de calúnia e seria punido”. (*ob. cit.*, p. 81)

Com o advento do Império, a *accusatio*⁷ aos poucos foi sendo substituída por outra forma de procedimento, desta feita denominado de *cognicio extra ordinem*, pelo qual o Juiz foi adquirindo mais poderes, chegando em determinada época o mesmo órgão do Estado exercer as funções de acusador e Juiz. Esse processo introduziu entre os romanos a tortura com o fim de se obter as confissões, primeiramente o réu e depois, também, as testemunhas para que falassem a verdade.

Com a decadência do Império Romano⁸, ante as invasões dos povos germânicos, dentre os quais os alanos, suevos, vândalos, silingos e, em especial, os godos, posteriormente denominados visigodos, deu causa ao aparecimento de um processo misto, formado de elementos germânicos e romanos.⁹

⁷ De início a *accusatio* representava uma honra aos cidadãos romanos, já que lhes era concedido o poder de acusar, participar do poder de repressão aos crimes. No entanto, com o passar do tempo, esse instrumento que era um meio de se garantir a justiça e liberdade do povo romano passou a ser utilizado objetivando-se interesses escusos. Sobre o momento a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

"De fato, ao tempo da *accusatio*, o processo não podia ser iniciado sem acusação. Este era, com efeito, uma condição obstáculo para o exercício do poder repressivo. Com o abastardamento dos costumes, houve uma indiferença dos cidadãos, e muitos delitos ficaram impunes pela sua inércia. O que foi um sacrifício em benefício da República, uma honra disputada pelos mais ilustres cidadãos, converteu-se, então, em uma ruindade alimentada pelo ódio e avidez. As recompensas prometidas aos delatores fizeram destes, como diz Hélie, 'aves de rapina' que se lançavam sobre as pessoas que a fantasia sangrenta do amo lhes indicava. Um instrumento de justiça e uma garantia para a liberdade, como foi o direito de acusar, converteu-se em meio de despotismo e opressão. Esse resultado tão pouco satisfatório explica as severas medidas que se adotaram contra os delatores e o decreto que, finalmente ditara Trajano: dispondo que o acusador fosse objeto das mesmas medidas cautelares que afetavam o acusado, isto é, que ambos fossem detidos até a conclusão do processo (Vélez Mariconde, *Estúdios, cit.*, v. 1, p. 37)". (*ob. cit.*, p. 83)

⁸ Esta fase fica bem explicitada por José Henrique Pierangelli, *in verbis*:

"Ante a impossibilidade de contar as hordas invasoras dos povos germânicos, o decadente Império Romano viu-se na contingência de aliar-se com vários grupos de invasores, para conter os demais". (*ob. cit.*, p. 28).

E mais adiante, ao discorrer sobre o chamado Código Euriciano, umas das compilações legislativas dos Visigodos, povo bárbaro que invadiu o território romano e cuja cultura manteve um maior contato, citado autor demonstra a formação do chamado processo misto:

"Algumas disposições contidas são constituídas de princípios do Direito Romano, o que possibilita concluir pela intervenção dos jurisconsultos romanos, em sua elaboração. Contudo, o Código não era totalmente romanizado, pois apresenta em muitas passagens vestígios do Direito Germânico. Donde ser ele considerado como uma das mais antigas *legas barbarorum*, datado de 475." (*ob. cit.*, p. 29)

⁹ TOURINHO FILHO, *ob. cit.*, p. 84

Dominado por influência eclesiástica, o processo penal até o século XII adotou o modelo acusatório¹⁰, onde havia um acusador encarregado de apresentar aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais a acusação por escrito juntamente com as respectivas provas, sendo que a estes cabia a função jurisdicional de analisar e proferir a condenação.

Acreditava-se que a lei era obra divina e que todos os homens que amassem a Deus deveriam “[...] *amar a iusticia, é si la amar, deve fazerla todavia, y estonze ama omne la iusticia mas verdadera mientre, é mas firmemiente, quando tiene um derecho com su próximo*”.¹¹

No século XIII, então, surge o sistema inquisitório¹², que acabou se espalhando pelo continente europeu, “[...] tendo sido um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico que imperou nas monarquias da Europa, a partir do XVI”.¹³

Com isso:

“[...] os delitos passam a ser perseguidos *ex-officio*, ante a ausência de acusação, e o juiz não se mantém eqüidistante. Ao contrário, ele representa uma reação contra o delito, que não significa uma simples

¹⁰ Segundo José Frederico Marques:

“O sistema acusatório, dominado, de modo geral, pelo princípio homônimo, apresenta, sob o ângulo histórico, os seguintes caracteres basilares: a) separação entre acusação, defesa e julgamento, uma vez que cada função é exercida por pessoas e órgãos entre si diversos; b) liberdade de defesa e igualdade de posição entre a acusação e o réu; c) procedimento público e dominado pela oralidade; d) julgamento popular, ou por órgãos judiciários imparciais; e) livre apresentação das provas pelas partes; f) ativação da causa pelas partes; g) o contraditório”. (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 93)

¹¹ José Henrique Pierangelli citando o *Fuero Juzgo*, espécie de carta de privilégios e pactos anexos de vilas e cidades, consagrantes de usos e costumes expedidos pelo reis ou senhores (Livro II, Tit. I, Ley II). (*ob. cit.*, p. 31).

¹² Novamente, segundo José Frederico Marques:

“No sistema inquisitivo, [sic], há concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) no órgão judiciário, que é sempre um funcionário do rei ou autoridade subordinada ao poder governamental, cumprindo registrar, ao demais, que, em tal sistema, não há ampla defesa, e domina o princípio do segredo e do procedimento escrito, com ampla investigação judicial dos fatos, o emprego da tortura e averiguação não contraditória da imputação”. (*ob. cit.*, p. 93/94)

¹³ MARQUES, José Frederico, *ob. cit.*, p. 94.

questão entre as partes, mais sim um ataque a um bem jurídico tutelado, cujas conseqüências atingem toda a sociedade”.¹⁴

Na região da Península Ibérica foi criada a conhecida Lei das Sete Partidas, obra de D. Afonso X, o Sábio¹⁵, cujo nome originou-se de sua própria estruturação, já que dividida em sete partes, sendo que o procedimento é detalhado em sua Terceira Parte, onde estão previstos a forma da demanda, o aprazamento, a contestação, as provas e a sentença.

O desenvolvimento do processo penal dessa região, em especial o processo penal lusitano, é de suma importância ao presente estudo, dada a influência que exerce no processo penal brasileiro.

Em Portugal, o fortalecimento da monarquia aparece mais intensamente com o reinado de D. Afonso III, momento em que a lei passou a ser a expressão da vontade do Rei.

No reinado de D. João I foi dado início ao trabalho de compilar toda a coletânea legislativa do Reino, com o intuito de se evitar a incerteza em razão da dispersa legislação existente e facilitar a administração da justiça. (PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 54) O trabalho, no entanto, só foi concluído no reinado de D. Afonso V, que subiu ao trono com apenas sete anos de idade e cuja regência do reino teria sido entregue a D. Pedro, seu tio.

Essa compilação, denominada de Ordenações, recebeu o nome de Afonsinas, e configurava como um “[...] código completo, dispondo sobre quase

¹⁴ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 39.

¹⁵ A título de esclarecimento, na região da Península Ibérica, por volta do Século XII, os povos eram divididos em pequenos senhorios ou pequenos territórios, governados pelos costumes da terra. D. Afonso III reunia as coroas de Leão e Castela e, ao morrer, deixou seus reinos a seus dois filhos, Fernando II (Leão) e Sancho III (Castela). D. Afonso X, o Sábio, filho de Fernando II, foi rei apenas de Leão e “*tornou-se notável tanto pela sua vasta cultura como pelas obras científicas ou literárias que empreendeu ou patrocinou*”. (PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 37)

todas as matérias da administração de um Estado, foi evidentemente o primeiro que se publicou na Europa e assinala uma época importante”.¹⁶

O Livro V desse corpo de Leis tratava dos delitos, das penas e do processo penal e deixava aparente a influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial.

Sobre esse Livro, José Henrique Pierangelli citando Coelho da Rocha:

“[...] Os defeitos dos Códigos criminais da meia idade se acham neste de mistura com as disposições de Direito Romano e Canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito de cristão com judia ou moura, e o furto do valor de marco de prata, são igualmente punidos com pena de morte. O crime de lesa-majestade foi adotado com todo o odioso da leis imperiais, assim quanto à qualidade do crime, como quanto ao modo de o processar. Na imposição da pena reconhece-se a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõem-se sempre penas menores do que aos plebeus. O marido podia em flagrante matar impunemente o adúltero, exceto se este fosse cavaleiro ou fidalgo de solar, em atenção à sua pessoa e fidalguia. Para a indagação dos crimes admitia-se não só o meio de acusação do Direito Romano e as querelas, filhas dos antigos costumes, mas também as inquirições devassas do Direito Canônico”.¹⁷

Apenas 59 anos após a promulgação das Ordenações Afonsinas, D. Manuel, o Venturoso, determinou que fossem revisadas, dando origem assim as Ordenações Manuelinas.

Dentre as alterações aplicadas, destaca-se a ocorrida com relação ao cargo de Promotor Público que:

“[...] deve ser letrado e bem entendido, para saber espertar a *alegar* as causas e razões, que *pera lume* e clareza da justiça e *pera inteira conservação della convem*: ao qual mandamos que, com grande cuidado e diligencia, requeira todas as causas que pertencerem à justiça, e *conservação* de nossa *jurisdição*”.¹⁸

¹⁶ José Henrique Pierangelli citando Cândido Mendes de Almeida, *ob. cit.*, p. 55.

¹⁷ PIERANGELLI *apud* COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Ensaio sobre a História do Governo e legislação de Portugal*, p. 124.

¹⁸ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 59.

Com o passar do tempo inúmeras outras legislações foram sendo criadas, alterando, revogando ou mesmo melhor esclarecendo as disposições das Ordenações. Essa dispersão causava grande dificuldade para se ter um completo conhecimento da legislação vigente.

Assim que D. Filipe I¹⁹ assumiu o trono de Portugal, mandou refundir as Ordenações, sendo que o trabalho somente foi concluído em 1595, e agora as chamadas Ordenações Filipinas somente puderam ser promulgadas em 1603, já no reinado de D. Filipe II (III, de Espanha).

Essas Ordenações tiveram como fonte as Ordenações Manuelinas, a Coletânea de Duarte Nunes de Leão e a legislação extravagante posterior. Segundo José Henrique Pierangelli, “[...] preservou-se o espírito da legislação lusa, mas, aproveitou-se da oportunidade para a modernização da linguagem”.²⁰

Com relação ao processo penal as novas Ordenações em grande parte repetiram as anteriores, permanecendo disposto no malsinado Livro V que, segundo José Frederico Marques, “[...] ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo, nas tristemente famosas inquirições devassas”.²¹

Sobre como funcionavam as inquirições devassas, assim conta José Frederico Marques:

¹⁹ Vale assinalar que:

“A morte de D. João III, em 1557, fez com que o Cardeal D. Henrique assumisse, na qualidade de Regente, o poder, pois D. Sebastião, o herdeiro do trono, contava com apenas três anos de idade. D. Sebastião, ao atingir a idade de quatorze anos, libertou-se da tutela do seu tio e assumiu o trono com plenos poderes. Muito jovem e despreparado para as funções de Chefe de Estado, ao que se associa uma personalidade mórbida e sonhadora, o jovem rei atirou-se à aventura de tomar o Marrocos aos mouros, sem que dispusesse de recursos para tal empreitada bélica. Na batalha de Alcácer-Quibir, o jovem soberano encontrou a morte. Assumiu o trono, a partir de então, o Cardeal D. Henrique, que possuía discutíveis qualidades de governante e nenhuma autoridade para debelar a grave crise que assolava o país. Sua morte possibilitou a Filipe II, de Espanha, empolgar, por herança, o trono lusitano. Em 1581, era sagrado Rei de Portugal, como título de Filipe I”. (PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 61)

²⁰ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 62.

²¹ MARQUES, *ob. cit.*, p. 96.

"As devassas 'eram inquirições para a informação dos delitos. Havia devassas gerais e especiais: as gerais, sobre delitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir seus cargos, e também eram gerais as chamadas Janeirinhas, que, em relação a alguns crimes, se tiravam em janeiro de cada ano; as especiais supunham a existência do delito de que fosse só incerto o delinqüente. As devassas gerais deveriam terminar dentro de trinta dias depois de começadas; as especiais deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar dentro de 30 dias'.

(...)

Como se procediam sem citação da parte, as devassas 'não eram consideradas inquirições judiciais para o efeito do julgamento, sem que as testemunhas fossem perguntadas'. Não havia a necessidade dessa reiteração, para os casos de prisão preventiva, e também se o réu assinasse um termo dispensando a reiteração, 'para que as houvessem como judiciais' (apud ALMEIDA JUNIOR).

As devassas originavam-se, em linha direta, do procedimento inquisitivo, como bem salienta PEREIRA E SOUZA.

Uma vez existente o crime e descoberto o seu autor, vinha a pronúncia, se da devassa resultasse 'prova suficiente para a prisão do réu'. Seguia-se o processo de acusação e julgamento, o procedimento dos recursos, - tudo segundo o que se achava estatuído no título 124, do Livro V, das Ordenações".²²

Das Ordenações do Reino, as Filipinas foram as que tiveram uma maior aplicação no Brasil. Sobre essas Ordenações E. Raul Zaffaroni relata que:

"Diversamente das Afonsinas, que não existiram para o Brasil, e das Manuelinas, que não passaram de referência burocrática, casual e distante em face das práticas penais concretas acima noticiadas, as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica. A vigência das Filipinas, em matéria penal, avançou mesmo alguns anos sobre o próprio estado nacional brasileiro, até a promulgação do código criminal de 1830, com os limites e alterações decorrentes da nova ordem constitucional e de algumas leis penais editadas naquele período; quanto aos assuntos de direito privado, inúmeras disposições suas regeram até 1º de janeiro de 1917, quando entrou em vigor nosso Código Civil. Publicadas em 1603, durante a união ibérica, por Felipe II (II) de Portugal), representavam um novo esforço de atualização e consolidação da legislação extravagante, iniciada por ordem de Felipe II (I de Portugal) em 1595. Seus autores (Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo) beneficiaram-se de uma coletânea elaborada por Duarte Nunes do Leão em 1569. A matéria penal concentrava-se no Livro V, que reproduzia, com as alterações intercorrentes, a mesma estrutura básica das Afonsinas; pode-se contudo afirmar que a ferocidade dos textos não correspondia uma implacável aplicação judicial massiva, que em todo caso será maior no Século XVIII do que nos antecedentes. Quando, em 1609, concretizou-se a criação do tribunal da Relação do Estado do Brasil, com sede em Salvador, determinou-se que seu chanceler trouxesse três exemplares das Ordenações Filipinas. É significativo que a instalação do tribunal tenha desagradado à classe senhorial mercantil, que contra ele se formulou

²² MARQUES, *ob. cit.*, p. 98.

representações à corte; dos motivos da insatisfação da oligarquia açucareira certamente participavam receios, fundados ou não, de perda do poder punitivo privado, ainda que o fechamento da Relação, em 1626, costume ser atribuído à economia da guerra contra a invasão holandesa. Três ouvidores-gerais (Estado do Brasil, Repartição do Sul e Estado do Maranhão) subordinados diretamente à Casa da Suplicação centralizaram a administração judicial na colônia até a reabertura da Relação, em 1652; após essa data, apenas a Ouvidoria-geral do Estado do Maranhão, por maiores facilidades de comunicação com a corte que com a Bahia, manteve seu nível jurisdicional. Em 1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro. Muitos juizes de fora já exerciam suas funções na colônia, a essa altura, e a partir de 1765 promoveu-se a instalação de Juntas de Justiça nas cidades onde residissemos remanescentes ouvidores das capitanias. A burocracia necessária à aplicação das Ordenações Filipinas estava agora alojada e ativa, e seus anelos por autonomia perante o poder local encontram explicável ressonância. As Ordenações Filipinas – sempre ressalvado o sistema penal doméstico senhorial – passam a constituir a referência central, escrita, da programação criminalizante, e desde a metade do século XVII se determinara que ‘daqui em diante não possam servir de juizes senão pessoas que saibam ler e escrever’ (Alvará de 13 de novembro de 1642). Uma profusão de normas penais, dispersas por alvarás, regimentos, decretos, cartas-régias e mesmo assentos da Casa da Suplicação regiam paralelamente ao Livro V das Ordenações Filipinas, cujo texto era menos usualmente alterado por alguma delas”.²³

O sistema inquisitivo, então, começou a ter as primeiras reações contrárias com a propagação das idéias liberais pela Europa. A vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem foram fatos marcantes que já alertavam para a busca de um sentido mais humanitário na Justiça Penal²⁴.

No Brasil, ainda sob a égide da colonização, o príncipe D. Pedro I, determinou que os Juizes Criminais observassem o contido na Constituição da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821, de onde surgiram as seguintes garantias aos acusados: “[...] nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada; lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem a absoluta necessidade; toda

²³ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, p. 417/419.

²⁴ Sobre esse período histórico Cezar Roberto Bitencourt narra que “As leis em vigor inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juizes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.” (ob. cit., pg. 37)

pena de ser proporcionado ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa delinqüente”.²⁵

Proclamada a independência, foi criada a Constituição Política do Império, promulgada em 25 de março de 1824, estabelecendo preceitos e princípios que garantiriam um processo penal totalmente oposto ao praticado pelo malsinado Livro V das Ordenações.

Em 1832 surge, então, o primeiro Código de Processo Penal Brasileiro, considerado como “[...] a mais brilhante vitória no domínio da Justiça”.²⁶

Inúmeros foram os elogios a obra na época, principalmente pela reviravolta pautada nos princípios liberais e humanitários que, segundo José Frederico Marques, “[...] palpitavam no seio do povo e nação”.²⁷

Do mesmo modo que recebeu inúmeros elogios, o Código também recebeu críticas em razão do seu conteúdo liberal, José Henrique Pierangelli citando CARPENTER afirma que “[...] por ser liberal demais, concedia ao acusado todas as garantias, ao passo que, quanto à autoridade do poder público, não o armava de meios necessários para a descoberta e perseguição dos delinqüentes”.²⁸

No que diz respeito ao procedimento, o Código de Processo Criminal do Império adotou o denominado procedimento misto ou eclético.²⁹

Segundo José Henrique Pierangelli:

“[...] o nosso legislador de 1832 ficou, portanto, num meio termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o misto adotado pela França, este inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento, mas, indubitavelmente, o nosso Código era mais liberal, pois, no modelo francês o acusado era colocado em uma situação de inferioridade em relação ao acusador oficial e o juiz exercitava uma

²⁵ MARQUES, *ob. cit.*, p. 101.

²⁶ LEAL, Aurelino. *História judiciária – Dicionário Histórico, Geográfico e Etnográfico brasileiro*.

²⁷ MARQUES, *ob. cit.*

²⁸ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 99.

²⁹ Sobre o procedimento misto assim ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

atividade de produção de provas, valendo-se, para esse fim, até mesmo da tortura".³⁰

Com as inúmeras agitações políticas e movimentos revolucionários que ocorreram no Brasil durante a década de 30, o sistema adotado pelo Código Imperial de 1832 mostrou-se pouco eficiente para manter a ordem e a tranquilidade.

Tal situação provocou a reação da classe monárquica-conservadora, culminando com a promulgação da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 que, essencialmente, "[...] procurou, [sic], criar um aparelhamento policial altamente centralizado e armar, assim, o Governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa a que se propunha, de tornar efetiva a autoridade legal".³¹

Mesmo assim, tendo em vista o caráter autoritário e centralizador da referida legislação, durante quase trinta anos inúmeras foram as manifestações pugnando por alterações. Até que, em meados do ano de 1871, o Ministério Rio Branco, que havia assumido em 7 de março daquele ano e viria a se tornar o mais longo de todo o Império, veio a promover a tão esperada reforma.

Foi promulgada, então, a Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada, posteriormente, pelo Decreto nº 4824 do mesmo ano. O conteúdo da reforma trouxe várias modificações ao sistema penal brasileiro, dentre as quais (i) a separação entre *Justiça* e *Polícia* e, em especial e de grande importância para o presente trabalho, (ii) a criação do Inquérito Policial³².

"Finalmente, o processo de tipo misto, também conhecido sob a denominação de sistema acusatório formal. (...) O processo, qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar [sic], dando lugar aos *proces verbaux*; b) instrução preparatória [sic]; e c) fase de julgamento [sic]. Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que eram e continuaram sendo secretas e não contraditórias.". (ob. cit., p. 93)

³⁰ PIERANGELLI, ob. cit., p. 103.

³¹ MARQUES, ob. cit., p. 104.

³² Ressalta-se a importância do aparecimento do inquérito policial no ordenamento jurídico brasileiro em razão de que é no bojo dessa espécie de procedimento, ainda que no âmbito administrativo,

O artigo 42 da referida lei trazia, inclusive, a sua definição, *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”.

Com a proclamação da República e, principalmente, com o advento da Constituição Republicana de 1891, instaurou-se uma pluralidade processual, passando a vigorar vários Códigos Estaduais, o que culminou com a utilização dos mais diversos princípios. Enquanto alguns se mantinham fiéis àqueles insertos na legislação processual penal da república³³, outros se afastavam, “[...] ou porque tornassem a formação da culpa secreta, ou porque suprimissem o inquérito policial, ou porque restringissem cada vez mais as atribuições do Júri, ou porque configurassem sob forma contraditória plena toda a formação da culpa”.³⁴

A partir da Revolução de 1930, as necessidades de reformas na legislação processual penal vigente eram latentes, máxime pelos efeitos negativos causados pelo regime pluralista, dentre os quais José Frederico Marques destaca que:

“[...] além dessa heterogeneidade legislativa, produziu o sistema pluralista (...) perniciosos resultados para a cultura jurídico-processual, que durante o período em que vigorou a pluralidade legislativa, medrou mui tímida e fracamente, como se estivesse estiolada”.³⁵

Contudo, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1934 foi restaurado o regime de unidade processual, dispondo o seu artigo 5º, inciso XIX,

que se iniciam as primeiras reações do Estado em desfavor do indivíduo que é acusado (ou, pelo menos, ainda suspeito) de um tipo penal.

³³ De acordo com José Frederico Marques, quando a pluralidade processual foi instaurada, o processo penal brasileiro era informado pelos seguintes princípios: “[...] oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração e formação da culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação da culpa. Inquérito policial servindo de instrumento da denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o art. 407 do Código Penal”. (*ob. cit.*, p. 108)

³⁴ MARQUES, *ob. cit.*, p. 108/109.

³⁵ MARQUES, *ob. cit.*, p. 120.

letra a, que: “Compete privativamente à União: (...) legislar sobre direito penal, comercial, civil, aéreo e processual”. No mais, em seu artigo 11 das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a nomeação, pelo Governo, de uma comissão de juristas que ficariam encarregados de organizar um Projeto de Código de Processo Penal.

Foram nomeados para a missão os Ministros BENTO DE FARIA e PLÍNIO CASADO, juntamente com o catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito de São Paulo, GAMA CERQUEIRA, os quais, em 15 de agosto de 1935 apresentaram o aguardado projeto, com Exposição de Motivos elaborada pelo Ministro da Justiça VICENTE RAO.³⁶

Joaquim Canuto Mendes de Almeida comenta que:

“[...] A grande virtude desse projeto estava na precisa definição dos fenômenos contraditório e inquisitório na instrução: se, por um lado, extinguiu de vez o estranho monopólio do denunciante ou queixoso, criado pela doutrina e jurisprudência pátrias, reafirmava, por outro lado, as prerrogativas inquisitoriais do juiz. Praticamente, tornava a realizar a conciliação, inscrita no sistema de nosso Código de Processo Criminal de 1932, aventada, aliás, por FRANCESCO CARNELUTTI: ‘O princípio inquisitório não exclui a atividade das partes: permite, apenas, ao juiz, suprir-lhe as faltas; não confere, também, um monopólio ao juiz, mas tolhe, somente, o monopólio das partes’.”³⁷

No entanto, o chamado Estado Novo e a Carta Constitucional de 1937 impediram a aprovação do aludido projeto, mas manteve a unidade processual estabelecendo que competia a União legislar privativamente sobre o direito civil, comercial, aéreo, operário, penal e processual.³⁸

Desta forma o Governo foi instado a organizar um Código de Processo Penal que pudesse vigorar por todo o país.

³⁶ MARQUES, *ob. cit.*, p. 109.

³⁷ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Processo Penal, ação e jurisdição*, p. 183/184.

³⁸ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 167.

Para a realização desta missão foi nomeada uma comissão formada por NARCÉLIO DE QUEIROZ, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, VIEIRA BRAGA, ROBERTO LYRA e NELSON HUNGRIA que, antes mesmo de iniciarem os trabalhos de elaboração do projeto do Código de Processo Penal, criaram um projeto sobre a reforma da instituição do Júri, que acabou por se transformar no Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, lembrado por José Frederico Marques como “[...] o primeiro diploma de processo penal elaborado para todo o Brasil, após a unificação do direito processual”.³⁹

Referida legislação instituiu o Júri para a ocorrência de um pequeno número de crimes, possibilitou o controle pela jurisdição de segundo grau dos veredictos dos jurados. Conforme menciona a Exposição de Motivos do Dec-Lei nº 167 foi concedida “aos tribunais de apelação a faculdade de reformar as decisões do Júri quando manifestamente contrárias às provas dos autos”.⁴⁰

A par disso, o Código de Processo Penal do Brasil foi então promulgado na data de 3 de outubro de 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.689, com a entrada em vigor em 1º de janeiro de 1942, conforme estabelecido em seu artigo 809. Em complementação, visando uma melhor adaptação desse novo Código de Processo aos processos em andamento, foi promulgado no mês de dezembro de 1941 o Decreto-Lei nº 3.931, como a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

José Frederico Marques faz considerações que são de grande valia no desenvolvimento deste trabalho e ao que nos parece merecem ser transcritas:

“[...] O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871; em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para o processo de

³⁹ MARQUES, ob. cit., p. 111.

⁴⁰ MARQUES, ob. cit., p. 111.

contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório. Infelizmente, a comissão que elaborou o projeto que se transformou no atual Código de Processo Penal, não soube dotar o País de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal.

Permaneceu estacionária, por isso, a legislação processual penal, enquanto em outros setores a renovação legislativa se operava em alto grau. Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil.

O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados brasileiros.

(...)

Além disso, o Código de Processo Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália facista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de ter o feito com uma lamentável confusão e absoluta falta de técnica".⁴¹

Desde a sua promulgação o Código de Processo Penal Brasileiro foi sempre muito criticado, não sendo considerado, embora novo, como um estatuto moderno que realmente atendesse as necessidades de nossa Justiça Criminal.

Projetaram-se algumas reformas, dentre as mais antigas destacam-se:⁴²

a) o Anteprojeto de Hélio Tornaghi, encaminhado ao Governo em 1963, que devido aos acontecimentos políticos da época⁴³ não chegou a ser aprovado;

b) o Projeto de José Frederico Marques, entregue ao Ministro da Justiça em 1970, chegou a ser publicado no Diário Oficial da União para receber sugestões. Referido projeto, embora tenha sido por várias vezes colocado à disposição dos juristas para discussão e até mesmo sido aprovado, em 1977, por uma Comissão Especial criada pelo então Presidente das Câmaras dos Deputados, Deputado Sergio Murilo, não chegou a ser votado pelo Senado Federal. Na Exposição de

⁴¹ MARQUES, ob. cit., p. 111/112.

⁴² PIERANGELLI, ob. cit., p. 170.

⁴³ José Henrique Pierangelli lembra que toda a turbulência política gerada com "[...] a renúncia do Presidente Jânio Quadros e a deposição do Presidente João Goulart que o sucedera, tornaram a sua aprovação inviável, e, nem mesmo o empenho do Ministro da Justiça Milton Campos, durante o primeiro governo revolucionário do Presidente Humberto Castelo Branco, conseguiu salvá-lo". (ob. cit., p. 169)

Motivos o seu próprio autor, o professor José Frederico Marques deixou claro que o seu anteprojeto não se afastou da tradição jurídica, mantendo o Inquérito Policial e afastando a utilização do juizado de instrução.⁴⁴

Aquém desses anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal brasileiro que não chegaram a serem aprovados, algumas mudanças relevantes ocorreram como, por exemplo, o fim da prisão preventiva obrigatória (Leis nºs 5.349/67, 6.416/77 e 8.884/94), a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei nº 9.271/96), a revogação do artigo 35, o qual ditava que a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, excetuando-se as hipóteses da que estivesse separada ou quando a queixa recaísse sobre o próprio marido (Lei nº 9.520/97), além de outras procedimentais como as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01), etc.

Independente de todas as mudanças pontuais e marcantes que ocorreram durante esses setenta anos de sua existência, o Código de Processo Penal ainda dá margem a interpretações retrógradas, com procedimentos realizados à margem dos direitos e garantias fundamentais do acusado, como, por exemplo, o inquérito policial.

Atualmente tramita perante o Congresso Nacional sete projetos de lei que visam proceder com alterações no Código de Processo Penal, principalmente modernizá-lo e adaptá-lo aos princípios insertos na Constituição da República de 1988 e a atual realidade social brasileira.

⁴⁴ PIERANGELLI, *ob. cit.*, p. 170.

Dentre esses projetos de lei vale a pena destacar o de nº 4.209/01 que trata exclusivamente da "*Investigação Criminal*", e versa sobre importantes alterações no procedimento investigatório.

Permanece a figura do Inquérito Policial, no entanto, a nova sistemática se amolda a realidade constitucional e social. O artigo 4º traz como novidade a supressão da possibilidade de requisição do Inquérito Policial por parte da autoridade judiciária. A nova redação retira do Juiz a possibilidade de receber do ofendido o requerimento de abertura do Inquérito Policial ou Termo Circunstanciado, caso isto ocorra o requerimento deve ser encaminhado ao Promotor de Justiça, que a avaliará e, caso necessário, requisitará a competente peça investigatória.⁴⁵

Outra interessante mudança constante do projeto é a ausência da necessidade de se ouvir o ofendido, conforme preceitua o inciso IV, do artigo 6º atual. Na redação proposta ao artigo 6º, passaria a constar: "[...] IV – ouvir o investigado; V – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas; VI –determinar, se for o caso, que se proceda o exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VII – providenciar, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade e a ordem pública".

É de ser ressaltada, também, a redação proposta ao § 1º, segundo o qual "[...] as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado".

Para o professor Rômulo de Andrade Moreira a redação deste parágrafo privilegia "[...] o acompanhamento das investigações por parte do Ministério Público, além de permitir ao investigado um maior conhecimento do que contra si está sendo

⁴⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal*, publicado na Revista Diálogo Jurídico,

produzido ou se produzirá”.⁴⁶ Resta claro, desde logo, o afastamento do caráter inquisitório carregado desde os tempos napoleônicos.

A alteração de maior interesse para o presente trabalho está presente no artigo 20 e seus parágrafos. Enquanto o artigo 20 reza que a “[...] autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos”, o seu parágrafo primeiro reserva a garantia de que “[...] 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”.

Por opinião própria, muito embora ainda possa causar discussões acerca da possibilidade de serem estendidas as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório no bojo do Inquérito, referido projeto de lei garante, de certa maneira, reduzir com os abusos cometidos contra as pessoas que, por muitas vezes, sequer foram indiciadas, e tem suas imagens servidas com frequência aos veículos de comunicação, sejam jornais, televisão, etc.

O Projeto de Lei nº 4.209/01 aguarda desde 29 de junho de 2004 na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados ser recolocado novamente em discussão no Plenário, quiçá aguardando outros projetos de maior importância.

⁴⁶ MOREIRA, *ob. cit.*, p. 26.

2. O INDICIADO – SUA POSIÇÃO FRENTE AO INQUÉRITO POLICIAL

O início do presente trabalho trouxe algumas considerações sobre o desenvolvimento da persecução penal pela história, dando ênfase ao aspecto processual, notadamente por ser no bojo do inquérito policial que a figura do indiciado se faz presente. Esta concepção de estudo foi pautada no sentido de identificar o desenvolvimento de um sistema puramente inquisitivo na fase preliminar de investigação, em que as garantias constitucionais mínimas inerentes a todos os cidadãos são, por diversas vezes, relativizadas e nem sempre reconhecidas sob o frágil argumento de “preservar as diligências em curso”.

Dando seqüência ao trabalho, importante tecer algumas considerações sobre qual a definição correta e posição jurídica do sujeito que se encontra no pólo passivo do inquérito policial.

Como visto anteriormente, durante a evolução histórica do processo penal paulatinamente foi se aumentando o interesse na repressão aos crimes e conseqüentemente foram sendo restringidas as garantias da pessoa investigada sobre o suposto cometimento de determinada infração penal.

Essa evolução, por assim dizer, confunde-se com os sistemas de procedimento penal, ou seja, o acusatório, o inquisitorial e o misto. No Brasil, em se tratando das investigações preliminares, que via de regra são realizadas sob a forma de Inquérito Policial, prevalece o entendimento de que seu caráter é eminentemente inquisitorial, sem garantias ao investigado.

Trata-se, particularmente, do engessamento de um conceito, já que inúmeras vezes ainda resistem em admitir a aplicabilidade da “nova” ordem

constitucional durante o período das investigações preliminares, como que se calando à freqüente ocorrência de atos característicos da inquisição praticados pelas autoridades policiais, amparados pelo Ministério Público e Magistrados.

A par disso, o que importa no presente trabalho é a constatação de que a figura do investigado ultrapassa por duas situações distintas durante a fase de investigações preliminares, sendo num primeiro momento suspeito e, após, indiciado, e que em ambas, via de regra, não são asseguradas suas garantias constitucionais. Isto talvez, pela lacuna existente no Código de Processo Penal brasileiro vigente no que diz respeito ao momento em que realizado o indiciamento formal no Inquérito Policial.

A condição de suspeito induz imaginar que ainda permaneçam dúvidas acerca da real participação da pessoa investigada no cometimento de determinado crime, seria o que Aury Lopes Junior chama de “[...] Juízo de possibilidade de autoria”.¹ Esta posição antecede ao indiciamento.

Já a condição de indiciado ocorre após o chamado *indiciamento formal*, passando a partir daí a pessoa investigada ser submetida ao inquérito policial, com todos os rigores que a lei prevê.

Sergio Marcos de Moraes Pitombo explica que “[...] o suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito”.²

Fica clara a distinção entre essas duas posições ocupadas pelo sujeito passivo da investigação preliminar. Porém, na prática elas se confundem. Não há como saber o momento adequado a ser procedido o indiciamento formal,

¹ LOPES JR., Aury. *In Sistemas de Investigação Preliminar*, p. 263.

² MORAES PITOMBO, Sergio Marcos de. “O indiciamento com ato de Polícia Judiciária”, in *RT* 577/313.

permanecendo a realização deste importante ato ao livre arbítrio da autoridade policial, o que não impede sejam cometidas inúmeras afrontas aos direitos fundamentais do sujeito passivo, ainda suspeito.³

Vale lembrar que a investigação deve ser conduzida com todos os cuidados pela autoridade policial, para que somente pessoas que realmente tenham contra si indícios da autoria de um crime cuja materialidade já deve estar comprovada, sob pena de se configurar constrangimento ilegal.

Para Ricardo Eduardo Guilherme:

"[...] Necessariamente, deve ser indiciada apenas a pessoa que tenha contra si indícios de autoria do crime que está sendo objeto de investigação, sob pena de estar sofrendo patente constrangimento ilegal. Suspeitas, isto é, simples convicção desfavorável a respeito de alguém, ou, leves opiniões subjetivas a respeito do indivíduo, por si sós, não são mais que sombras; não possuem estrutura para dar corpo à prova da autoria. Nada aproveitam para a instrução criminal, apenas importam à simples investigação. Desta forma, devem existir elementos mínimos que indiquem a prática de infração penal por aquele contra quem está sendo instaurado o inquérito. Inexistente, em processo administrativo pendente, elementos indicadores da materialidade delitiva e da autoria, não cabe o indiciamento de plano, devendo primeiramente o suspeito ser ouvido em declarações, sem prejuízo do regular andamento do inquérito policial já instaurado".⁴

Verifica-se, portanto, a importância do indiciamento formal à pessoa do sujeito passivo nas investigações preliminares.

O indiciamento, por sua vez, consiste na imputação a alguém, durante a realização do inquérito policial, da provável prática de ilícito penal, nos dizeres de Rogério Lauria Tucci se consubstanciaria no "[...] resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas

³ Felipe Martins Pinto condena essa excessiva discricionariedade concedida as autoridades policiais na condução do inquérito policial, nos seus dizeres: "[...] o inquérito policial não se vincula a um rito pré-estabelecido, sendo facultado, à autoridade policial, comandar as investigações como melhor lhe convier, realizando ou não diligências em razão de um juízo pessoal da necessidade destas. Essa discricionariedade exacerbada conferida à autoridade policial no comando das investigações, não raro, provoca o império de uma torpe impessoalidade, na qual as investigações são manipuladas em razão de características sócio-culturais do indiciado". (*A processualização do inquérito policial*. Boletim IBCCRIM, p. 4-5)

⁴ GUILHERME, Ricardo Eduardo. *Indiciamento no inquérito policial*.

peessoas como praticantes de ato ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis”.⁵

A partir desse momento, queira ou não, a pessoa do investigado passa a ter legitimidade para intervir ou mesmo ter conhecimento sobre o porquê de estar sendo indiciado, pressupondo a existência de provas suficientes para a sua indicação como autor ou partícipe do cometimento de determinado crime.

Aury Lopes Junior ressalta que:

“[...] a legitimidade passiva no processo penal está vinculada à existência de provas que demonstrem que aquela pessoa é efetivamente o autor ou partícipe do delito, isto é, que ocupou a posição ativa na relação jurídica substantiva (delito) para poder ocupar a posição passiva na relação jurídico-processual”.⁶

O Supremo Tribunal Federal manifestando-se a respeito corrobora esse entendimento:

“A situação de ser indiciado gera interesse de agir, que autoriza se constitua, entre ele e o Juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo ainda que em fase de inquérito policial. A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.⁷

Logo, seguindo esse pensamento, forçoso concluir que a partir do indiciamento formal o sujeito adquire a condição de parte na investigação, sendo-lhe inerente a capacidade de fazer valer todos os seus direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. “Indiciamento e qualificação indireta”, in RT 571/291.

⁶ LOPES JR., ob. cit., p. 268.

⁷ In RT 522/403.

Ainda assim, parte da doutrina não enxerga dessa forma, e Ismar Estulano Garcia é um desses exemplos, segundo o qual o “[...] indiciado, que não chega a ser sujeito titular de direitos, mas apenas objeto de investigações”.⁸

E quando deve ocorrer o indiciamento?

Sergio Marcos de Moraes Pitombo diz “[...] que o indiciamento deve resultar do encontro de um ‘feixe de indícios convergentes’ que apontam para uma certa pessoa, ou determinadas pessoas, supostamente autor(as) da infração penal”.⁹

Seria atingir a um estágio que Aury Lopes Junior chama de *Juízo de probabilidade da autoria*. Tal qual, se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar Galvão, ao proferir seu voto no HC nº 81.648-7/SP, esclarecendo que “[...] como se sabe, o indiciamento é a imputação da autoria do ilícito penal ao investigado no inquérito policial que, a partir de então, passa da condição de mero suspeito a de provável autor do crime”.

Veja-se a importância da questão do indiciamento, pois, além dos dissabores de ter que se submeter a uma investigação policial, o sujeito, por diversas vezes, sofre o constrangimento moral de lhe ser imputado o cometimento de um crime, situação esta que mesmo provada a inocência macula a vida social, isso sem falar no aspecto psicológico.

Porém, conforme já dito, a legislação processual penal não delimita o momento e nem os procedimentos para o indiciamento formal, permanecendo ao arbítrio da autoridade que conduz o inquérito.

Deveria, isto sim, o Código de Processo Penal brasileiro dispor textualmente sobre a forma e momento do indiciamento, estabelecendo a condição do sujeito quando passar a indiciado, com as suas obrigações e direitos. De certa forma,

⁸ GARCIA, *ob. cit.*, p. 13.

⁹ MORAES PITOMBO, *ob. cit.*, p. 313/316.

inibiria a atuação arbitrária da autoridade policial no que diz respeito a decidir sobre os direitos e garantias da pessoa que está sendo indiciada formalmente.

O então Delegado Geral da Polícia de São Paulo, atento a essa situação, baixou a Portaria nº 18, de 25 de novembro de 1998, a qual no parágrafo único de seu artigo 5º dispõe que o indiciamento formal do suspeito deve ser precedido de despacho devidamente fundamentado, pelo qual a autoridade policial:

"[...] pormenorizará, com base em elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e à classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil".

Essa tendência está sendo seguida pelo Projeto de Lei nº 4.209/2001, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, precisamente com relação ao inquérito policial, estampando em seu artigo 8º a diferenciação entre as figuras do indiciado e do suspeito, substituindo o indiciamento pela atribuição formal da qualidade de suspeito ao investigado, por meio de despacho fundamentado.¹⁰

No atual momento, cabe a autoridade policial decidir sem justificar fundamentadamente a necessidade do indiciamento (ou não) e sem considerar as garantias inerentes a tal situação.

¹⁰ "Art. 8º. Reunidos os elementos informativos tidos por suficientes, a autoridade policial identificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de suspeito, com as garantias dela decorrentes." - Projeto de Lei nº 4.209/2001, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados. Fonte: *site* www.senado.gov.br.

3. O INDICIADO – UM SUJEITO DE DIREITOS.

Por tudo quanto exposto até o momento, foi possível definir alguns posicionamentos que podem influenciar diretamente no que se pretende demonstrar com este derradeiro capítulo.

Como visto, desde o seu aparecimento na legislação brasileira, o instituto do inquérito policial é contaminado pela inquisitorialidade, seja pela tradição histórica de repressão aos crimes, seja pela acomodação da doutrina e jurisprudência em observar a evolução de seu conceito após a promulgação da Constituição da República de 1988.

O tema principal abordado neste trabalho confronta diretamente a natureza que se impõe ao inquérito, ou seja, a natureza inquisitiva, tão combatida por alguns e tão defendida por outros, com a atual legislação constitucional e infraconstitucional, neste último caso merece atenção especial o Estatuto da Advocacia, consubstanciado na Lei nº 8.906/94.

Dentro desse quadro, destaca-se a questão de se oportunizar ao indiciado o exercício de sua defesa durante a realização do inquérito policial.

Como se sabe, as investigações preliminares para aferição da ocorrência de determinado delito penal são realizadas de modo discricionário pela autoridade policial, a qual cabe decidir, num primeiro momento, em acatar (ou não) eventuais requerimentos do indiciado e sua defesa. Essa autonomia, por assim dizer, da autoridade policial que preside as investigações favorece a ocorrência de abusos.

Sobre a autonomia da Autoridade Policial na condução do inquérito policial vale a lição de Romeu de Almeida Salles Junior, segundo o qual:

"[...] O inquérito policial é inquisitivo porque a autoridade comanda as investigações como melhor lhe aprouver. Não existe um rito preestabelecido para a elaboração do inquérito ou andamento das investigações. Estas têm seqüência dependendo das determinações da autoridade em face da necessidade de realização desta ou daquela diligência. O inquérito representa simples informação sobre o fato criminoso e também sobre a identidade do seu autor. Não se sujeita ao chamado princípio do contraditório, próprio do processo penal, onde se apresentam acusação e defesa".¹

Esquece-se, no entanto, que do outro lado da investigação existe um sujeito de direitos, ainda que investigado pela suposta prática de um crime. Parte da doutrina, todavia, resiste em admitir tal situação, como se pode perceber pelo que se extrai do texto de José Damião Pinheiro Machado Cogan:

"[...] Em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisas e investigações, porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz. Em todas essas hipóteses, quer agindo discricionariamente, quer atuando estritamente vinculada à lei, mantém a autoridade policial ao réu, como objeto de investigações, e não como sujeito ou titular de direitos. O que o indiciado pode exigir é tão-só que lhe seja respeitado o **status libertatis**, de forma que é vedado à polícia, fora dos casos estritamente legais, prender o réu ou recusar-lhe fiança".²

Outras vozes seguem a mesma (infeliz) direção, dentre elas, Fernando da Costa Tourinho Filho que justifica esclarecendo que: "[...] se o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Civil se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização".³

Esse triste caminho percorrido por boa parte da doutrina sempre encontrou resistência, mesmo antes do advento da Constituição da República de 1988, sendo como válida a citação de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o qual assevera que "[...] a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo

¹ SALLES JR., *ob. cit.*, p. 7.

² COGAN, *ob. cit.*, p. 82-86.

³ TOURINHO FILHO, *ob. cit.*, p. 204.

indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado”.⁴

Frente a atual ordem constitucional estabeleceu-se um novo caminho de interpretação do Código de Processo Penal e os dispositivos lá inseridos, em especial com relação à imposição do sigilo no inquérito policial ao indiciado e à sua defesa.

Conforme ensina Aury Lopes Junior:

“[...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal”.⁵

Cabe, portanto, interpretar as normas contidas no Código de Processo Penal com base no ordenamento constitucional vigente, fazendo jus ao sujeito passivo no inquérito policial todas as garantias e direitos que lhe são inerentes, principalmente garantindo a eficácia plena do artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República, o qual dispõe que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Novamente, faz-se uso da lição de Aury Lopes Junior, pertinente para o momento:

“[...] O direito de defesa é igualmente aplicável no inquérito policial, em que pese todo ranço do senso comum espelhado por grande parte dos manuais.

O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou seu objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de numerosa doutrina brasileira que advoga pela

⁴ MENDES DE ALMEIDA, in “O Direito de defesa no inquérito policial”, RF 173/26.

⁵ LOPES JR., in “Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial”, pp. 379/396.

inaplicabilidade do art. 5º, LV, da Constituição ao inquérito policial, argumentando que não existem 'acusados' nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.

Ora, não é preciso maior capacidade de abstração para verificar que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada, constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Foi isso que o legislador constitucional quis dizer com 'acusados em geral' (note-se bem, o texto constitucional não fala simplesmente em 'acusados', o que daria abrigo a uma leitura mais formalista, mas sim 'acusados em geral', o que sem dúvida é muito mais amplo e protecionista).

Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato – deve ser feita a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma 'agressão' ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual. Essa resistência é o direito de defesa.

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Negá-lo implica em violar os mais elementares postulados do moderno processo penal".⁶

Nessa esteira, sendo plausível o exercício do direito de defesa do sujeito investigado durante a realização do inquérito policial, também é de se admitir a possibilidade desse sujeito ser assistido por um defensor constituído.

Não se pode esquecer que o principal objetivo das investigações realizadas durante o inquérito policial é o descobrimento da verdade, as reais circunstâncias que redundaram na ocorrência do fato delituoso e a sua autoria. Impossibilitar a participação da defesa do imputado durante a realização do inquérito, ao contrário do que possa parecer, pode trazer maiores dificuldades à elucidação do crime.

Com isso, prolonga-se a investigação com discussões, erros de interpretação, omissões, provas produzidas inutilmente e testemunhas dispensáveis, situações essas que poderia ser evitadas com o conhecimento de testemunhas e/ou outros elementos que a defesa porventura pudesse dispor. Muitas vezes cria-se um buraco sem fim de incertezas e injustiças.

⁶ LOPES JR., in "*Direito de defesa ...*", *ob. cit.*, p. 387.

Isso tudo sem se falar na necessidade de controle das atividades da autoridade policial, pois não são raros os casos de corrupção e parcialidade. Mais uma vez, oportuna a transcrição de trecho da lição de Aury Lopes Junior:

"[...] No que se refere à investigação preliminar policial – como o nosso inquérito –, muito mais grave pode ser o segredo interno, pois tal órgão nem mesmo em teoria pode ser considerado imparcial. O baixo grau cultural da polícia, a fragilidade a pressões externas, a corrupção e a dependência do Governo fazem com que tal órgão seja o que exige ainda maior controle e fiscalização. E tais atividades – controle a fiscalização – só podem ser obtidas por maior da publicidade interna. A atividade policial deve estar sob controle não só do promotor e do juiz (que na prática não o exercem), mas principalmente do defensor, inclusive porque obviamente se algum direito ou interesse vai ser atacado não será o do Estado – de perseguir e punir – mas sim o do imputado, de defender-se dos excessos da atividade policial, da injusta perseguição e para assegurar a sua intimidade e honra".⁷

Aquém da discussão acerca do controle externo das atividades policiais, se fazem presentes as garantias profissionais do advogado, dentre as quais se destaca a contida no artigo 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, que lhe assegura o direito de "[...] examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

Lembre-se, aliás, que em sendo a defesa técnica um direito fundamental do indiciado, para que o seu exercício seja amplo e eficaz, o seu defensor deve estar lastreado de garantias que lhe permitam total autonomia e independência com relação aos outros sujeitos processuais, ou seja, o Juiz, o Promotor ou a Autoridade Policial.

A Constituição da República dispõe no artigo 133 que "[...] o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

⁷ LOPES JR., in *Sistemas de Investigação...*, ob. cit., p. 118.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho traz interessante ponderação acerca do tema, ao consignar que:

"[...] não é demais recordar que a conjugação do art. 133 com o art. 5º, LXIII, nos limites referidos, é um direito do advogado ao livre exercício profissional. Sem ele, não se consuma a garantia constitucional do cidadão preso ou indiciado. Por isso, não pode tal direito sofrer qualquer atentado, por parte das autoridades policiais, sob pena de cometimento do crime de abuso de autoridade".⁸

Alberto Zacharias Toron, discutindo os limites da apuração criminal no estado de direito democrático, esclarece que:

"[...] No que concerne ao inquérito policial, há regra clara no Estatuto do Advogado que assegura o direito aos advogados de, mesmo sem procuração, ter acesso aos autos (art. 7º, inc. XIV) e que não é excepcionada pela disposição constante do § 1º do mesmo artigo que trata dos casos de sigilo. Certo é que o inciso XIV do art. 7º não fala a respeito dos inquéritos marcados pelo sigilo. Todavia, quando o sigilo tenha sido decretado, basta que se exija o instrumento procuratório para se viabilizar a vista dos autos do procedimento investigatório. Sim, porque inquéritos secretos não se compatibilizam com a garantia de o cidadão ter ao seu lado um profissional para assisti-lo, quer para permanecer calado, quer para não se auto-incriminar (CF, art. 5º, LXIII). Portanto, a presença do advogado no inquérito e, sobretudo, no flagrante não é de caráter afetivo ou emocional. Tem caráter profissional, efetivo, e não meramente simbólico. Isso, porém, só ocorrerá se o advogado puder ter acesso aos autos. Advogados cegos, *blind lawyers*, poderão, quem sabe, confortar afetivamente seus assistidos, mas, juridicamente, prestar-se-ão, unicamente, a legitimar tudo o que no inquérito se fizer contra o indiciado".⁹

Oportunizar ao defensor constituído da pessoa investigada o acesso aos autos de inquérito policial é apenas umas das formas de se garantir a mínima defesa durante essa fase pré-processual. Antonio Scarance Fernandes em sua obra "*Direito Penal Constitucional*", ao comentar a respeito da efetiva defesa técnica que pode ser praticada pelo defensor ainda em fase das investigações preliminares, afirma não se tratar especificamente de uma participação sob o crivo do contraditório, e sim um direito assegurado ao indiciado e seu defensor de ter ciência de atos que estão

⁸ COUTINHO, *ob. cit.*, pp. 123/134.

⁹ TORON, Alberto Zacharias. *O advogado do investigado e o inquérito sigiloso : limites da apuração criminal no estado de direito democrático*, p. 7.

sendo praticados pela autoridade policial, como também resguardar garantias mínimas, à exemplo pedidos de relaxamento de prisão, etc.

“Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de habeas corpus”.¹⁰

Ou seja, de uma forma ou de outra a que se considerar inerente ao sujeito investigado o direito de produzir, também, provas em seu favor, até como forma de elidir a persecução penal. Entra aí o necessário preparo intelectual da autoridade policial que preside a investigação criminal, mesmo porque somente tendo amplo conhecimento da ordem constitucional e dos princípios que a regem é que o agente investigador estará apto a promover a persecução penal de forma mais justa e imparcial.

Interessante ponderação foi encontrada em artigo publicado por Adilson José Vieira Pinto na Revista Brasileira de Ciências Criminais no ano de 1999, justamente por considerar imprescindível que a autoridade policial responsável por presidir as investigações criminais tenha conhecimento amplo acerca das lições de Direito Constitucional, até como forma de aprender didaticamente a respeito das garantias fundamentais dos cidadãos e das funções do Estado.

“O mergulho no Direito Constitucional é um dos passos iniciais daquele que tem por atribuição a direção dos trabalhos de investigação criminal e, por consequência, a direção do inquérito. Desse necessário aprofundamento doutrinário surgirão os entendimentos acerca das genuínas aspirações do povo (aqui se destaca o gozo dos direitos fundamentais da pessoa humana), das funções do Estado (aqui se destaca a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana) e das limitações que a estes são impostas no interesse do primeiro. É a formal raiz do Direito.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 70.

Deve o seu responsável utilizar-se, também, do regramento imposto pela doutrina administrativa – porquanto procedimento com essa natureza e a cargo de autoridade do Poder Executivo –, até mesmo porque é o Direito Administrativo que, além de guardar os fundamentos daquela disciplina (como todas outras), tem com esta os traços mais comuns.

Se considerarmos a ordem jurídica como sendo uma orquestra, temos no Direito Constitucional seu verdadeiro maestro e nas demais disciplinas os músicos; nesse sentido, o inquérito policial é instrumento que não pode estar desafinado. Se estudado em dissonância com os princípios constitucionais, a harmonia estará seriamente comprometida”.¹¹

Em contraponto a essa manifestação doutrinária em prol da preservação das garantias constitucionais do sujeito investigado está a realidade suportada na prática dentro das delegacias de polícia, motivando, inclusive, incisivas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em artigo publicado em coletânea elaborada em homenagem ao i. doutrinador René Ariel Dotti intitulado *“O inquérito policial como instrumento do Direito Penal do terror”*.

“... Em outro local já disse (Direito Alternativo – Teoria e Prática, Lumen Júris, 5ª Ed, 2004, PP.127-128): “El derecho de policía, justamente por ser um derecho inferior o incluso um no-derecho, representa, em efecto, El setor más olvidado por los estudios académicos. Aarece por doquier em esta matéria uma espécie de esquizofrenia de la ciência jurídica, tan atenta a los limites entre derecho penal y derecho administrativo a propósito de las contravenciones y de los ilícitos de bagatela – e incluso virtuosistamente preocupada por la posible desaparición de las garantías consiguientes a su despenalización – como desatenta e irresponsable frente al enorme universo de las medidas policiales y administrativas restrictivas de la libertad personal”. (Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Trotta, Madri, 1995, p. 767) e, “Ferrajoli no mesmo local, aponta três razões para explicar a negligência intelectual: (a) há hierarquia de nobreza estabelecida desde o direito romano entre os ramos do jurídico: mais nobre o direito civil, após público, penal e, por fim, o direito e as práticas policiais – parece que quanto mais contaminado o direito pela violência, mais difícil e incerta sua legitimação, e menor interesse em seu estudo; (b) a polícia, por natureza, atravessa as conquistas do estado de direito – princípio da legalidade, divisão dos poderes e inviolabilidade dos direitos fundamentais – e não se adapta a doutrinas liberal-democráticas dos fundamentos do estado moderno, ao contrário coloca em relevo suas cotas de ineficácia; e (c) inconscientemente mas inconfundivelmente, razões de classe: as medidas policiais estão destinadas prevalentemente ‘a las capas más pobres y marginados – subproletariado, prostitutas, vagabundos, ociosos, desempleados, subempleados, inmigrantes, etc. – de modo que se estudio

¹¹ PINTO, Adilson José Vieira. *O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988*, p. 254.

resulta, a sua vez, marginal com respecto a los intereses académicos tradicionales”.¹²

Vale lembrar que o inquérito policial não se justifica para promover a condenação de essa ou aquela pessoa, é, ou pelo menos deveria ser, procedimento utilizado como forma de apurar a existência da infração e identificar o agente criminoso, de forma imparcial e impessoal.

Aqui reside ponto importante na redação do presente trabalho, o reconhecimento de que o inquérito policial é um instrumento destinado a apurar a existência de fato definido como criminoso e identificar o(s) responsável(eis) por sua ocorrência. Desta forma, incide frontalmente a garantia constitucional a pessoa investigada de requerer e participar ativamente das diligências em curso, até como forma de elidir a acusação que lhe está sendo imputada, nos termos exatos do artigo 5, inciso LV da Constituição Federal.

Adilson José Vieira Pinto citando Eduardo Espíndola Filho manifesta-se a esse respeito, nos seguintes termos:

“Tranqüilizo-me quando observado o enfoque a esse respeito passado por Espíndola Filho:

‘A finalidade do inquérito é apurar a existência de uma infração punível e descobrir os responsáveis por ela; não visa determinar a condenação do, ou dos indivíduos, que são apontados como os culpados; êsses indivíduos têm o direito de promover, desde logo, os elementos capazes de ilidir a acusação, contra eles dirigida; é-lhes, portanto, perfeitamente lícito requerer qualquer diligência, que considerem útil aos interesses da sua defesa. Fica ao critério da autoridade, que preside ao inquérito, deferir tal pedido, ou não o atender, o que, naturalmente, só fará se entender que a diligência desejada não é realizável praticamente, ou é inócua ou prejudicial à apuração exata dos fatos.

De modo nenhum poderá justificar-se a recusa de atenção ao requerimento de diligências capaz de trazer um esclarecimento real da ocorrência. (...)

Mister se faz desatender nunca a que o inquérito não é um instrumento de acusação; e, sim, uma investigação destinada ao descobrimento da verdade”.¹³

¹² CARVALHO, Amilton Bueno de. *O Inquérito Policial como instrumento do Direito Penal do Terror*, pp. 49-50.

¹³ PINTO, Adilson José Vieira. *Ob.cit.*, p. 260/261.

Esse pensamento, outrossim, é objeto de críticas por parte da doutrina, como bem informa Amilton de Carvalho Bueno citando Adauto Suannes:

“Adauto Suannes, a sua vez, diz que “ A descuidada afirmação de que o processo penal deve perseguir intransigentemente a verdade real tem sido responsável por inúmeras deformações do processo, com afirmações e decisões descabidas que desconsideram o longo caminhar do due process”. (Os fundamentos éticos do Devido Processo Penal, p. 146).

A verdade, por inalcançável, é uma mentira, justificadora do inquisitório, a ponto de “legitimar”, para sua extração, inclusive a tortura – a Idade Média, porões de algumas Delegacia de Polícia, a guerra do Iraque, estão a bem a demonstrar.

E se está a repetir em sentenças, em acórdãos, na doutrina, que uma das finalidades da instrução processual é a busca da verdade, quando se sabe, a partir de Adauto Suannes, que a finalidade do processo é assegurar um julgamento justo – logo, humano – ao acusado.”

De um modo ou de outro, o que importa é reconhecer a existência e aplicação imediata dos preceitos constitucionais ainda na fase policial. Afinal, o indiciado é um sujeito de direitos e somente quem figura no pólo passivo de uma investigação criminal pode narrar os incontáveis prejuízos advindos de tal situação.

CONCLUSÃO

O inquérito policial, conforme entendimento de grande maioria da doutrina, é peça escrita, de caráter inquisitório, destinado a colheita dos elementos possíveis e necessários à elucidação do fato criminoso, suas circunstâncias, autoria e materialidade (art. 4º, CPP), tendo que, por imposição legal, seus atos serem reduzidos a termo (art. 9º, CPP).

Embora com previsão expressa no Código de Processo Penal (Título II, do artigo 4º ao 23) é considerado como procedimento administrativo, extrajudicial, aonde não se fazem presentes as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo o sujeito passivo considerado simplesmente como *objeto de investigação* (GARCIA, 1998, p. 13).

Nesse passo, iniciou-se o presente trabalho com a apresentação do desenvolvimento histórico do processo penal e da persecução criminal, cujo objetivo foi identificar o contexto em que o inquérito policial apareceu no ordenamento jurídico pátrio.

Com isso, pretendeu-se demonstrar que o instituto do inquérito policial não acompanhou as transformações da sociedade brasileira, especialmente no que diz respeito a gama de garantias e direitos consagrados com o advento da Constituição da República de 1988.

A falta de estrutura do Estado e o despreparo de algumas autoridades policiais responsáveis pela condução das investigações, aliados à aceitação tácita da sociedade de um conceito de inquérito policial retrógrado e em descompasso com a “nova” realidade constitucional, fazem com que ocorram diversas

arbitrariedades e abusos quando se pretende exercitar a defesa do sujeito passivo durante a realização dessas aludidas investigações.

Esqueceu-se, no entanto, que o sujeito passivo no inquérito policial, ainda que investigado sobre a suposta prática de crime, é sujeito de direitos e garantias invioláveis, estampados na Constituição da República e que em raras hipóteses podem ser suprimidos.

Diante desse quadro, foi necessária a identificação da real posição ocupada pelo sujeito passivo nas investigações policiais, seja ainda suspeito ou mesmo já indiciado. Constatou-se, então, outro problema: o Código de Processo Penal não prevê o momento adequado e a forma com que deve ocorrer o indiciamento formal do sujeito.

Reveste-se de grande importância tal situação, pois a partir do indiciamento o sujeito passivo passa a ser considerado o provável autor do delito (LOPES JR., 2000, p. 263), ocasionando, na grande maioria das vezes, diversos reflexos em sua vida particular. Neste momento, também, o sujeito passivo passa a fazer parte do contexto das investigações, ou seja, passa a ter legitimidade para intervir ou mesmo ter conhecimento sobre o porquê de estar sendo indiciado.

Surge, de modo incontestável, a possibilidade do sujeito que está sendo indiciado de fazer uso de todas as garantias e direitos que lhe são inerentes de acordo com a ordem constitucional vigente, dentre os quais o direito à ampla defesa, ao contraditório. (art. 5º, LV, CF/88)

Discute-se, então, o reconhecimento (ou não) de que deve ser inerente a qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro acusado ou mesmo suspeito da prática de um crime, o direito ao amplo acesso à defesa e ao contraditório, ainda que se

utilizando das prerrogativas profissionais do advogado, tal qual determinadas pela Lei nº 8906/94. (Estatuto da Advocacia)

Frise-se, aliás, que em sendo a defesa técnica um direito fundamental do indiciado, para que o seu exercício seja amplo e eficaz, o seu defensor deve estar lastreado de garantias que lhe permitam total autonomia e independência com relação aos outros sujeitos processuais, ou seja, o Juiz, o Promotor ou a Autoridade Policial.

O que não pode é a sociedade permanecer calada e deixar com que se agrida o atual estado democrático de direito, regredindo aos tempos da Idade Média e da inquisição, tal como ocorre em algumas situações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, vol. I, 9ª ed., Saraiva, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O Sigilo do Inquérito Policial e os Advogados", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18.

FERNANDES, Antonio Scarance. *In Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*, RT, 2005.

- *Processo Penal Constitucional*, RT, 2007.

GARCIA, Ismar Estulano. *In Procedimento Policial: inquérito*, 7ª ed., AB-Editora, 1998.

GUILHERME, Ricardo Eduardo. *Indiciamento no inquérito policial*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 02.12.2005.

LEAL, Aurelino. *História judiciária – Dicionário Histórico, Geográfico e Etnográfico brasileiro*, Rio de Janeiro, 1922.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*, Lúmen Júris, 2000.

- "*Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial*", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 43.

MACHADO COGAN, José Damião Pinheiro. "*O sigilo no Inquérito Policial*" in *Revista Justitia*, São Paulo, 82-86, out/dez 1985.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2000.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Processo Penal, ação e jurisdição*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.

- "*O Direito de defesa no inquérito policial*", in *RF* 173/26.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

MONTEIRO ROCHA, Francisco de Assis do Rego. *Curso de Direito Processual Penal*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MORAES PITOMBO, Sergio Marcos de. "*O indiciamento com ato de Polícia Judiciária*", in *RT* 577/313.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal*, publicado na *Revista Diálogo Jurídico*, 2002, publicada no sítio de internet www.dp.direitopublico.com.br.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas*, Bauru, Jalovi, 1983.

PINTO, Adilson José Vieira. *O Inquérito Policial à luz dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição Federal de 1988*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, nº 27, jul/set/1999.

PINTO, Felipe Martins. *A processualização do inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.110, p. 4-5, jan. 2002.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito Policial e Ação Penal*, Saraiva, 1992.

TORON, Alberto Zacharias. *O advogado do investigado e o inquérito sigiloso : limites da apuração criminal no estado de direito democrático*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.143, p. 7, out. 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I, 27ª ed., 2005, Saraiva.

TUCCI, Rogério Lauria. *“Indiciamento e qualificação indireta”*, in *RT* 571/291.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed., Ed. Revan, 2003.