

O INQUÉRITO POLICIAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO: influência da cultura inquisitória e a afetação aos direitos e garantias fundamentais

THE POLICE AND SURVEY: the adversarial system: influence of inquisitorial culture and the allocation of the rights and guarantees

Érika Cristina Nunes¹

Resumo

Entende-se como necessária a democratização e a constitucionalização do inquérito, visando contribuir para a afirmação de tal fase como procedimento integrante da persecução penal e para a elevação do investigado ao *status* de sujeito de direitos, possibilitando a realização dos direitos e garantias fundamentais no processo penal como um todo. Busca-se compreender a fase pré-processual, examinando o inquérito policial à luz do modelo acusatório, tendo como parâmetro princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito, bem como analisá-lo sob a perspectiva do modelo constitucional de processo, confrontando seus procedimentos inquisitivos com o sistema acusatório, voltado para a promoção dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Inquérito Policial. Processo Penal Constitucional. Sistema Acusatório.

¹ Aluna de disciplina isolada do mestrado em Direito Processual da PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

O sistema acusatório, adotado pelo legislador brasileiro, torna o investigado, de forma mais esclarecedora, sujeito de direitos. Contudo, na prática, os atos e procedimentos, ainda vigentes na fase pré-processual (investigação preliminar/inquérito policial), demonstram várias divergências quando relacionados ao sistema citado.

A efetiva aplicação das garantias e dos direitos constitucionalmente previstos, de modo a se assegurar, de forma eficiente e democrática, os direitos fundamentais, encontra críticos na doutrina, principalmente, pela concepção da fase pré-processual como uma fase alheia ao processo penal jurisdicional. Assim, há resistência em se efetivar princípios e em se ter o investigado como sujeito de direitos, usando-se como argumento a impossibilidade de aplicá-los por se estar diante de um mero procedimento administrativo, sem um fim em si mesmo, ou qualquer resultado danoso (prolação de sentença) suportado pelo investigado. Há, ainda, quem argumente não ser obrigatória a aplicação de princípios, como o devido processo legal e seus corolários, por exemplo, pois estes assegurariam apenas o processo penal em si.

Muito se tem debatido sobre a verdadeira função do inquérito policial no processo penal. Há doutrinadores que o definem como uma peça meramente informativa, que tem como objetivo o conhecimento da infração penal e de sua autoria (autoria e materialidade). Para estes, a fase pré-processual não tem significativa importância para o processo penal. Contudo, se a grande maioria das denúncias, e até mesmo das sentenças, tem como base a investigação criminal, como entender esta fase como meramente informativa? Como aceitar que uma fase “sem tanta importância” seja utilizada com grande ênfase durante a fase processual? Como se manter atos e procedimentos que se crivam, principalmente, nos princípios inquisitivos? É com base nessas indagações que se realizou este estudo, tratando a fase pré-processual de forma a se analisar seus atos e procedimentos, assim, possibilitando a percepção da importância que esta realmente tem e merece ter, bem como sua consonância com o sistema acusatório e a Constituição da República de 1988.

2 INQUÉRITO POLICIAL: BREVES APONTAMENTOS

Conhecido como fase pré-processual ou, ainda, como fase de investigação preliminar, o inquérito policial é, antes de tudo, o momento em que há a preponderância de uma cultura inquisitória no sistema processual penal brasileiro. Essa cultura inquisitória mantém características basilares do sistema chamado inquisitorial, onde se tem a prevalência de atos de ofício, do segredo, a ausência do contraditório, da busca pela verdade real, dentre outras.

Destarte, hodiernamente, pode-se dizer que o inquérito policial é anacrônico e tem sua utilidade questionada frente à Constituição brasileira, democrática e cidadã, e ao sistema acusatório, por ela adotado.

Surge no Brasil com a Lei n. 261, de 3/12/1841, regulamentada por meio do Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, no período imperial, visando o fortalecimento do regime monárquico vigente à época, evitando o regime liberal e federalista². Mais tarde, se consolida através da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824, de 28 de novembro de 1871. Ou seja, ainda durante o Império, objetivando a descoberta de fatos tidos como criminosos, de seus prováveis motivos e modos e de seus autores³.

Seus atos foram criados e aceitos com base no chamado utilitarismo: linha processualista que objetiva a persecução final (primazia do interesse público em detrimento do sujeito) e a produção de leis (penais e/ou processuais) severas a fim de se manter a paz social. A postura utilitarista empregada acabou relativizando direitos fundamentais e fazendo com que o sistema pré-processual assumisse uma política criminal policialesca (SANTOS; MARQUES, 2007).

Originariamente, a polícia judiciária se encontra presente em qualquer sistema adotado, como órgãos especializados no propósito de apurar crimes⁴. Conforme o art. 4º, do Código de Processo Penal, “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” (BRASIL, 2010, p. 367). Também a Constituição de 1988, no art. 144, § 4º, diz que: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” (BRASIL, 2001, p. 107).

² Cf. FREYESLEBEN, 1993.

³ Cf. TOURINHO FILHO, 2005.

⁴ Cf. FERNANDES, 2005.

Nesse sentido, é possível afirmar que a função de investigar o fato delituoso e apurar possíveis autores cabe à polícia judiciária. Ou seja, o Brasil adotou o sistema de investigação preliminar policial, por meio do inquérito. Este terá início, segundo o inciso II, do art. 5º, do Código de Processo Penal, a partir da determinação do Ministério Público, do Magistrado, do Delegado de Polícia ou a requerimento do interessado.

Ainda, com base na Constituição, é dada autonomia à polícia judiciária para definir a forma e os meios a serem utilizados durante a fase pré-processual. Assim, na maioria dos casos, a autoridade policial atua como legítimo titular da instrução na fase investigativa precedente ao processo penal.

Aliás, não é possível afirmar que exista subordinação funcional da autoridade policial e sua atividade frente ao Juiz e ao Ministério Público. Essa autonomia, entretanto, não significa dizer que à autoridade policial compete todo e qualquer ato sem controle externo. Desse modo, ações que por ventura possam interferir em direitos e garantias constitucionalmente assegurados, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, ao sigilo telefônico, ao sigilo de correspondência, ao sigilo bancário, à integridade física e moral, dentre tantos outros, devem ser previamente autorizadas pelo Poder Judiciário.

Afora o controle externo exercido pelo Poder Judiciário frente à mitigação de direitos individuais e garantias constitucionais, a atividade investigativa conta com o exercício desse controle, também, por parte do Ministério Público, na figura de *custus legis*, exercendo sua função fiscalizadora.

Além da função investigativa do fato e apuração do autor ou autores, compete, igualmente, à polícia judiciária: a produção de informações destinadas ao Ministério Público ou às autoridades judiciárias; a efetivação de mandados de prisões expedidos pelo Poder Judiciário; o cumprimento de cartas precatórias no âmbito de sua competência; a investigação da vida pregressa do investigado; apurar possíveis vícios ou irregularidades constantes de ocorrências; analisar a tipificação e a pena abstrata imposta ao tipo, verificando se é ou não aplicável fiança ao delito; elaborar termos circunstanciados aos delitos de menor potencial ofensivo, para que sejam encaminhados ao Juizado Especial Criminal; efetuar prisões em flagrante delito; interrogar suspeitos e testemunhas, dentre outros. Há ainda providências adotadas como as requisições de exames periciais e representações visando mandados de busca e apreensão, mandados de prisões temporárias ou preventivas, interceptação telefônica, quebra de sigilos bancários, etc.

Então, é sua atribuição prevenir delitos e evitar que a apreciação judicial seja frustrada, mas também compete à polícia judiciária a investigação de indícios e provas do

crime por meio da colheita de provas periciais, tidas como irrepetíveis. E, para tanto, a rigor, não há que se falar em prévia autorização. De modo que várias são as atribuições e estas interferem diretamente em direitos e garantias fundamentais do investigado.

Destarte, garantias e direitos fundamentais se inserem, ou deveriam estar inseridas, na realidade processual penal, ao lado da segurança e liberdade, reclamando idêntica proteção seja na fase de investigação, seja na processual.

2.1 O inquérito policial e sua importância

Nossa doutrina tem menosprezado o estudo do inquérito policial. Nesse sentido, são as palavras de Cabette (2009), que muito bem aborda a temática:

(...) o estudo do inquérito policial tem sido submetido a uma espécie de segundo plano ou mesmo a um velado abandono e preconceito por parte dos juristas pátrios. Essa falta de interesse dos juristas da atualidade que dedicam apenas pequenas partes de suas obras ao estudo do inquérito policial, certamente teve seus reflexos na universidade e, conseqüentemente, na formação dos atuais operadores do direito. Constata-se uma falta de conhecimento prático e teórico da matéria e, especialmente, uma lacuna científica quanto ao estudo das reais potencialidades que o inquérito policial tem para uma justiça eficiente e ao mesmo tempo garantidora dos direitos individuais. A imagem freqüentemente veiculada do inquérito policial costuma ater-se somente a dois aspectos que de forma alguma abarcam a totalidade das possibilidades apresentadas por tal instrumento. Inicia-se quase sempre por uma apresentação que procura menoscabar as funções e a natureza do inquérito, destacando suas supostas facetas negativas. Os dois aspectos supra mencionados que costumam ser abordados na temática do inquérito policial, procurando reduzi-lo em suas funções e potencialidades são os seguintes: a) Reduz-se o inquérito policial a instrumento a serviço da acusação, como se somente servisse para imputar condutas ilícitas a alguém. b) Destaca-se sua característica inquisitiva, ensejando uma anacrônica relação com procedimentos ultrapassados absolutamente desrespeitosos aos direitos individuais, o que leva a uma visão superficial e negativa do inquérito. (CABETTE, 2009, p.1).

Temos ainda, para alguns, o inquérito policial como elemento dispensável à formação da ação penal, sob o argumento de que o próprio Código de Processo Penal o dispensa (artigo 4º, parágrafo único; artigo 12; artigo 27; artigo 39, § 5º; e artigo 46, § 1º). Mas, deve-se frisar que mesmo não sendo o inquérito considerado imprescindível para a propositura da ação penal, é irrenunciável que, para tanto, se tenha um mínimo de indícios e fundamentos para embasar a denúncia. Desse modo, o inquérito, muito mais do que possibilitar indícios de materialidade e autoria para a propositura da ação penal, acaba por produzir verdadeiras provas, apesar da procrastinação na aplicação de garantias como o contraditório e o direito de defesa.

Uma das funções do inquérito policial, constante, inclusive, da exposição de motivos de nosso Código de Processo Penal, é de que este se apresenta como uma garantia contra juízos precipitados e mais suscetíveis a erros. Assim, essa função consiste numa não-permissão de julgamentos decorrentes da imediata valoração moral e superficial do crime.

Fernandes (2005), nessa linha de raciocínio, ao tratar do procedimento modelo, denomina-o investigação prévia. O autor afirma, assim como a doutrina majoritária, que tal fase se exclui do esquema procedimental processual, mas ressalva sua importância ao alegar que seus atos são de intensa repercussão no desenvolvimento da relação jurídica processual, motivo pelo qual deve se ajustar aos moldes do sistema processual adotado, em nosso caso o acusatório.

Cabe, nesse momento, ressaltar as características do sistema acusatório. Este possui como princípios basilares a publicidade dos atos, exercício do contraditório e do direito de defesa, distinção entre as funções de acusar, defender e julgar (*actus trium personarum*), dentre outros, visando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda conforme Fernandes (2005), o inquérito policial representa concretude à garantia de se evitar acusações sem indícios suficientes e razoáveis, tendo como finalidade permitir a acusação. Por esse motivo, o autor afirma que a utilização dos elementos angariados em tal fase não deve servir, exclusivamente, à acusação, sob pena de serem anuladas outras garantias fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório. Assim, como em nossa cultura processual penal ainda não se vislumbra a aplicação efetiva de tais garantias nessa fase, restringe-se a influência do material colhido durante a investigação no convencimento do julgador.

No entanto, mesmo sendo uma garantia frente a acusações prévias e apressadas, a doutrina majoritária define o inquérito policial como sendo um mero procedimento ou uma mera peça informativa. Não há muitos estudiosos que se aprofundaram no estudo ou na pesquisa de seus pontos críticos, criando no cenário pátrio certa insignificância com relação ao procedimento investigatório, e resultando num estado de letargia do inquérito frente ao sistema processual penal.

Entretanto, há que se ressaltar que, em sua esmagadora maioria, as ações penais são antecedidas por inquéritos policiais e, apesar de receber inúmeras críticas, a atividade exercida na fase pré-processual tem, sim, sua importância para o processo penal. Visto que, é neste momento que se reúnem elementos que irão justificar o processo ou o não-processo. Desse modo, é justamente nesta fase que se obtêm informações/materiais que poderão pautar o exercício da ação penal ou seu arquivamento.

Como já debatido, a polícia civil tem como função primordial investigar o fato delituoso e apurar sua autoria e, decorrente dessa, o objetivo final de informar a possibilidade ou não de iniciar uma ação penal, por meio do indiciamento. Para tanto, é posta em prática a investigação preliminar. Assim, reúnem-se elementos acerca do fato delituoso, formados por meio de um conjunto de diligências realizadas, apurando-se os elementos e circunstâncias da infração penal, para que o legitimado, que na maioria dos casos é o Ministério Público, possa postular em juízo, visando à aplicação da lei ao caso concreto.

Todavia, não basta afirmar que o inquérito policial tem como mera função, substancialmente, fundamentar acusações ou informar peças acusatórias. Pois, tal afirmação é superficial e iníqua, tendo em vista o fato de ser a investigação preliminar um instrumento imparcial para a averiguação dos fatos, tendo por finalidade a arrecadação de informações que possam corroborar para a afirmação do fato delituoso e de sua autoria, bem como que possam demonstrar a não existência do delito ou a não autoria de determinado indivíduo, de quem, inicialmente, se suspeitava e atribuía a autoria do fato (CABETTE, 2009).

Além disso, faz-se necessário observar que o inquérito policial pode iniciar-se de várias maneiras: por meio de flagrantes, notícias de crime, etc.

É comum na doutrina a afirmação de que a tarefa desempenhada pela polícia judiciária não tem um fim em si mesma. Uma vez que, o que se pretende com as informações colhidas nessa fase é justamente corroborar a possibilidade de uma ação penal ou seu arquivamento, o que para alguns não traz prejuízo concreto ao indivíduo. Entretanto, esta é a fase onde mais se tem direitos fundamentais mitigados, da qual decorre a estigmatização social do investigado e, em alguns casos, por deficiência da máquina estatal, tem-se o indiciamento e o início de um processo penal sem justa causa.

2.2 Cultura inquisitória: princípios ainda presentes na fase investigativa

É na fase investigativa que se tem a prevalência de princípios inquisitivos, ainda hoje. Essa fase é reservada a órgãos administrativos que atuam dentro de uma construção normativa logicamente inquisitória.

Essa construção inquisitória, para alguns, se justifica frente à primazia do interesse público e, no âmbito penal, visando segurança pública e aplicação do *ius puniendi*. Argumenta-se que essa base principiológica contribuiria para o sucesso de todo o processo penal e, assim, daria subsídios à pretensão punitiva estatal.

Destarte, os instrumentos colocados à disposição da autoridade policial para a realização da atividade investigativa, dentre eles aqueles para os quais se faz necessária a autorização judicial (quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, mandados de busca e apreensão, prisões temporárias, etc.) em comunhão com a incidência de princípios inquisitórios, possibilitaria ao Estado a superação frente à situação inicial de insegurança e perplexidade, criada pelo cometimento da infração penal, de modo a colocá-lo em situação de vantagem frente ao injusto (BARBOSA, 2008). Ou seja, se justifica a aplicação de preceitos inquisitivos com fins de repressão criminal efetiva.

Tem-se, ainda, que a impressão depreciativa deixada pelo inquérito, por causa de sua estrutura inquisitória, manifesta uma produção probatória abusiva e contrária à Constituição de 1988 e ao Estado Democrático de Direito. Para evitar a interpretação pejorativa da fase pré-processual, justo seria a incidência de preceitos concernentes ao sistema acusatório, como o direito de defesa, o contraditório, o estado de inocência, dentre outros.

Aqui, torna-se possível tratar da limitação sofrida pela defesa na fase de inquérito. Limitação que ocorre mesmo estando o direito de defesa previsto constitucionalmente. Frente à prática de sua limitação, o tema foi, inclusive, abordado pelo Estatuto da Advocacia e da OAB (1994), em seu artigo 7º, visando acesso do defensor aos autos do inquérito, dentre outros direitos. Assim, são direitos do advogado, previstos nesse artigo:

Art. 7º **São direitos do advogado:** [...]; III – **comunicar-se com seus clientes,** pessoal e reservadamente, **mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares,** ainda que considerados incomunicáveis; [...]; VI – ingressar livremente: [...] b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, **e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;** [...]; XIV – **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;** [...]. (BRASIL, 2010, Lei nº 8.906, p. 783/784). (Grifos nossos)

Noutro ponto, uma das características mais presentes em sistemas que seguem uma lógica inquisitiva é o tratamento do indivíduo investigado como objeto de investigação, principalmente frente à mitigação do estado de inocência, constitucionalmente previsto, onde se tem que ninguém será considerado culpado até que se esteja diante de uma decisão irreversível.

Em contribuição para a objetivização do indivíduo, temos presente na fase pré-processual, previsto em nosso Código de Processo Penal, de forma a restringir direitos e garantias, o sigilo. Esse, por sua vez, se justifica na prevenção às frustrações do inquérito.

Desse modo, sua incidência se fundamenta na não ocorrência de prejuízos irreparáveis à persecução penal, na busca pelas evidências e circunstâncias da violação à lei penal, que poderiam resultar em danos também irreparáveis à busca pela verdade real.

Assim sendo, até que se torne possível angariar informações suficientes para a formação da culpa haverá a presença do sigilo. Encontra-se na doutrina a afirmação de que tal preceito exista para possibilitar “igualdade de armas”, sob o argumento de que o investigado, aqui com uma atribuição prévia de culpa, estaria em vantagem frente ao Estado, por saber como, quando e onde se deu o fato delituoso e que, portanto, a atuação da defesa, tomando conhecimento da investigação e de seu direcionamento, teria um caráter desigual, visto que não declararia ou contribuiria para a localização de evidências incriminadoras frente à investigação (MENDRONI, 2008). Tal argumento perde relevância se considerado todo o aparato estatal disponível para que se promova a fase pré-processual, prerrogativas que acabam por criar certa hipossuficiência do investigado, ressaltando-se que, além do mais, cabe ao Estado angariar tais elementos probatórios, imperando o princípio do “*in dubio pro reo*”.

Contrariando o exposto, através dos ensinamentos de Fazzalari, a melhor doutrina defende que “igualdade de armas” se dá por meio de um procedimento em contraditório e que permita a ampla defesa (PELLEGRINI, 2003). Desse modo se estará oportunizando às partes um trabalho cooperativo, mesmo que opostos, na tarefa de se aplicar o direito. Além disso, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo e, caso haja atitudes do investigado que venham a prejudicar as investigações, a própria legislação prevê medidas para sanar ou impedir tal conduta, como as prisões cautelares.

Não se deve, assim, ter o sigilo considerado de forma absoluta frente ao investigado, sob pena de torná-lo objeto do procedimento de modo a contrariar preceitos do Estado Democrático de Direito, bem como não deve o sigilo inexistir, sob pena de expor demasiadamente a intimidade do investigado.

Esse raciocínio revela dois aspectos incidentais do princípio inquisitivo em questão. O primeiro, pelo ponto de vista estatal, revela que deverá o inquérito ser sigiloso visando sucesso na busca pela autoria e materialidade do fato delituoso. Já o segundo, sob o ponto de vista do investigado, considerando a intimidade do indivíduo, resguarda o estado de inocência. Ressalte-se que, frente aos dois aspectos em que se deve considerar o sigilo na fase pré-processual, esse não pode prevalecer frente às partes integrantes da relação processual que se formará: o juiz, o membro do Ministério Público e o investigado ou seu advogado.

Tanto que, evitando-se a existência do sigilo como princípio absoluto, se positivou o acesso do advogado aos autos do inquérito. Impedindo a existência de um segredo interno, que fere dispositivos legais e principalmente constitucionais, como o direito de defesa (LOPES JÚNIOR, 2005), permitindo-se a vigência de um segredo externo, para a proteção da imagem do investigado e segurança jurídica deste. Assim é possível interpretar o disposto no art. 20 do Código de Processo Penal, que diz que no inquérito será assegurado o sigilo necessário para o esclarecimento dos fatos ou reclamado pelo interesse social.

Ressalte-se, nesse ponto, que o perigo reside no fato de ser a flexibilização do sigilo um ato discricionário atribuído à autoridade policial. Ou seja, a investigação preliminar é presidida pela autoridade policial e esta, por sua vez, poderá, por meio de discricionariedade, atribuir sigilo ao procedimento investigatório se considerar que o acesso à suas informações oportunizarão danos à atuação estatal na busca pela verdade real. Como resultado, é, então, negado acesso aos autos pelo advogado ou parte interessada na apuração.

Aqui, a discussão reside no fato de um ato discricionário, de valores subjetivamente analisados (conveniência e oportunidade), servir, mesmo que fundamentado, como limite a direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados, como o direito liberdade, ao contraditório e à ampla defesa.

Certo é que o segredo restringe a atuação profissional e o efetivo exercício de direitos e garantias constitucionalmente previstos. Não se deve, contudo, enxergar unicamente como prejuízo ao investigado a existência do sigilo. Afinal, esse servirá, quando aplicado na medida certa, de respaldo a imagem social/moral do investigado frente à sociedade, evitando-se estereotipização.

Outro princípio inquisitivo, utilizado principalmente como justificativa para vários abusos encontrados no decorrer da persecução penal, é o chamado princípio da busca pela verdade real. Esse princípio, para alguns, justifica até mesmo a finalidade do inquérito, que não seria exclusivamente informar a produção acusatória, mas colher e agregar elementos probatórios na busca pela verdade real⁵.

A busca pela verdade real é, ainda, um dos princípios inquisitivos mais usados para abonar a aplicação das demais características inquisitivas, bem como para justificar a mitigação e postergação de princípios consoantes com o sistema acusatório. Sob tal conceito, seria aceitável qualquer tratamento e procedimento aplicado ao investigado para que se chegue à famigerada verdade.

⁵ Cf. CARVALHO, 2006.

Hoje, majoritariamente, se aceita a inexistência do alcance dessa verdade real. A verdade formal, que é a verdade das partes, é a prevalecente na doutrina. Assim, falar em se chegar à verdade real é algo metafísico, transcendente, que ultrapassa os limites do possível, posto ser o delito algo já transcorrido (GRINOVER; FISCHER, 2000). O que se procura por meio do procedimento investigatório é, sem dúvidas, a reconstrução dos fatos, mas é algo suscetível a erros.

Em conjunto com a incidência deste princípio, temos o fato, preocupante, de que a autoridade policial, na busca por essa verdade real num procedimento inquisitivo, sem contraditório e ampla defesa, poderá não ser imparcial. Afinal, possui autonomia para agir *ex officio* e para o cumprimento de diligências e atos que julgue necessários no decorrer da investigação preliminar. Aqui não se discute tal autonomia, por considerá-la, inclusive, necessária frente ao sistema acusatório, mas, sim, a aplicação dessa chamada verdade real, que apesar de proscrita, teima em permanecer em argumentos e fundamentações.

Perceba-se que a existência desses princípios inquisitivos se atrela, formando uma cadeia de atos que acabam por restringir direitos, garantias e o exercício da defesa. Por tudo o aqui explicitado, mostra-se necessário a constitucionalização do inquérito, abandonando as raízes da sistemática vigente e adequando o procedimento ao sistema acusatório.

Pois, enquanto houver a prevalência de uma base principiológica inquisitória, mesmo que antecedente ao processo penal, não há que se falar num sistema verdadeiramente acusatório. Tendo em vista que tal procedimento não se exclui da fase processual, inclusive, marcando presença materialmente, constando dos autos do processo e influenciando, de forma silente ou não expressa, a decisão judicial. O que faz com que, de algum modo, seja a sentença firmada em elementos probatórios angariados meio a procedimentos inquisitórios.

Afinal, não é simplesmente o fato de se atribuir poderes, seja à autoridade policial, seja ao Ministério Público, que determina ser ou não um sistema essencialmente inquisitório, apesar de contribuir em muito. Essa característica se prima pela reunião de atos e princípios na busca pela verdade real, detendo-se a gestão probatória e impedindo-se a participação do investigado em tal produção.

Assim, o que se pode perceber é que se a gestão das provas estiver colaborada por um sistema de atos que se realiza em sigilo, com inexistência do contraditório, do direito de defesa e a inexistência de outros direitos e garantias fundamentais, buscando pela verdade real, estaremos diante de um sistema preponderantemente inquisitorial, sem traços do sistema acusatório e, portanto, não misto como muitos sustentam.

2.3 A crise do inquérito policial e a necessidade de aplicação de garantias constitucionais nessa fase

Segundo Frederico Marques, citado por Carvalho (2006), o inquérito policial deveria ser considerado “uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual, apesar de críticas infundadas contra ele feitas ou pela demagogia forense, ou pelo juízo apressado de alguns que não conhecem bem o problema da investigação criminal”. (MARQUES *apud* CARVALHO, 2006, p. 23). Contudo, as críticas sofridas não são tão infundadas.

Hoje, somando-se ao gravame da prevalência dos preceitos inquisitórios, o inquérito policial encontra-se em crise. Juízes, promotores e advogados demonstram receio quando o assunto trata das atividades exercidas pela polícia judiciária.

Atualmente existe um consenso: o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art.5º, LV da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se á nova ordem constitucional. (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 77).

É manifesto o descrédito dado ao material probatório obtido na fase pré-processual. Evidente os prejuízos criados à celeridade e à economia processual, além da fundamentação da propositura do processo ou do não-processo. Outro ponto importante são as críticas sofridas pela polícia judiciária, dentre as quais: distinta eficácia associada a diferentes classes sociais; estereotipização de possíveis e prováveis criminosos (delinquentes potenciais); prática de atos excessivos ou ilícitos visando alcançar meios de incriminação; possibilidade de perseguição política; pressão exercida pelos meios de comunicação; cometimento de sérias injustiças com o objetivo de resolução rápida em casos com grandes repercussões; descumprimento e desprezo aos direitos fundamentais dos suspeitos, incluindo-se a imputação presumida de culpa; denúncias de corrupção e abuso de autoridade, dentre outras.

O inquérito policial, além de se guiar pela lógica do sistema inquisitório, vem sendo crivado de críticas e apresentando inúmeros problemas, dentre os quais, alguns já se explicitou. A adequação de seus procedimentos e atos ao sistema acusatório, constitucionalmente adotado, torna-se um imperativo. Nesse sentido seguimentos doutrinários

constitucionalistas clamam por uma reforma. Afinal, a Constituição de 1988 não prevê um local ou órgão que funcione de forma isolada, imune aos princípios e garantias constitucionais.

A atividade investigativa, desempenhada pela polícia judiciária, acaba por interferir diretamente na vida do investigado, de seus familiares e amigos, chegando ao ápice quando ocorre a restrição da liberdade.

Tamanha é sua capacidade de interferência no âmbito dos direitos individuais que torna imprescindível que princípios constitucionais sejam efetivamente aplicados nesta fase. Mais do que isso, a Constituição de 1988, bem como seus princípios, garantias e direitos previstos, devem se fazer presentes sempre, regulando a atuação estatal e o próprio direito em si. No Estado Democrático de Direito, o objetivo primordial é que se assegurem direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, frente ao poder estatal.

Com a passagem do processo penal pelo filtro da Constituição e consequente aplicação dos princípios constitucionais, de forma plena e efetiva na fase pré-processual, as provas ali produzidas poderão instruir não só a acusação, mas, também, a defesa.

2.4 Afetação aos princípios e garantias constitucionais

Frente à predominância de princípios inquisitivos na regência da fase pré-processual, não se vislumbra, com grande passividade, a possibilidade de uma defesa técnica verdadeiramente efetiva. Esta se apresenta de forma limitada, assim como o próprio direito de defesa. O procedimento investigativo se conduz de forma a evitar sua atuação. Seu desenvolvimento é periférico e acontece, principalmente, por meio de remédios processuais (*habeas corpus* e mandado de segurança). A atuação do defensor se restringe ao descrito no art. 14 do Código de Processo Penal.⁶ Sem mencionar o fato de que, na grande maioria dos casos, o investigado não possui condições econômicas de constituir defensor.

Contudo, há quem saliente existir, mesmo que mitigados, o exercício e garantia de preceitos fundamentalmente previstos, como os princípios do contraditório, do estado de inocência e da ampla defesa. Como exemplos, são citados o interrogatório (onde o investigado pode apresentar sua versão sobre os fatos, bem como pode invocar seu direito ao silêncio) e a nota de ciência e culpa (quando lavrado o auto de prisão em flagrante).

⁶ Cf. LOPES JÚNIOR, 2005.

No entanto, é sabido que tais manifestações não exprimem efetivo exercício do contraditório e, muito menos, ampla defesa. São atos necessários, apenas, ao andamento da investigação.

Não obstante, há na doutrina quem defenda não ser necessária a incidência de tais garantias, por considerar que o investigado é, realmente, objeto de investigação⁷. Ou, ainda, por considerar a investigação preliminar um mero procedimento e não um processo judicial ou administrativo, não se exigindo, portanto, a presença do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁸

Mas há quem avalie como imprescindível a presença das garantias do contraditório e da ampla defesa, por julgarem o inquérito policial um procedimento administrativo composto por um conflito de interesses, expressando futura e possível constituição de relação processual e, conseqüentemente, instauração de um processo penal. Além disso, a incidência de garantias, princípios e direitos constitucionais, possibilitariam à fase pré-processual instrumentos que poderiam se contrapor aos princípios inquisitórios ali vigentes.⁹

Em sua grande maioria, as análises acerca da incidência ou não de direitos e garantias frente ao inquérito ocorrem no intuito de determinar o caráter do procedimento investigativo. Assim, tenta-se firmar posições sobre o fato de o inquérito ser processo administrativo, mero procedimento administrativo ou fase pré-processual.

No entanto, independentemente de qual posição se aderir, as normas constitucionais devem incidir, efetivamente, na investigação preliminar, preceituando seus atos. Mesmo porque o inquérito policial não é imune aos princípios e garantias fundamentais, e o investigado deve ter assegurado tais princípios que somente poderão ser restringidos por uma manifestação judicial fundamentada. Não cabendo, assim, discricionariedade na aplicação de atos que os restrinjam. O art. 5º, da Constituição de 1988, relaciona uma série de garantias que devem ser asseguradas, também, na fase do inquérito policial, servindo como uma limitação do poder estatal.

O exercício de direitos e garantias, além, é claro, da manutenção da vida, da liberdade ou da propriedade, visa garantir que o processo siga os preceitos da lei (devido processo

⁷ Cf. Tourinho Filho, 2005.

⁸ Cf. Andrade (2008): o autor elenca um rol de teóricos do direito que comungam de diferentes posicionamentos no que se refere à aplicabilidade de princípios e garantias constitucionais, como o contraditório e o direito de defesa.

⁹ Cf. Andrade (2008).

penal), assegurando o direito de defesa e o contraditório e considerando o estado de inocência, seja em juízo ou no inquérito policial.

O direito à informação, como um dos aspectos do contraditório, acaba por implicar no status de sujeito de direitos para o investigado enquanto estiver sob vigilância policial. Nessa perspectiva, o investigado poderá exercer, também durante a fase pré-processual, o direito a uma defesa técnica (advogado) que, além de acompanhar as investigações, poderá, por exemplo, pedir a realização de diligências, liberdade provisória, impetrar *habeas corpus*, etc. Para realização dessa tarefa é imprescindível que a defesa tenha livre acesso aos autos do inquérito. O direito de acesso aos autos pelo defensor está muito bem sintetizado por Toron citado por Choukr (2006, p. 108), vejamos:

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 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. (TORON *apud* CHOUKR, 2006, p. 108).

Se durante a atividade pré-processual o investigado sofre as maiores intervenções estatais, principalmente quanto aos direitos individuais (direito à intimidade, à vida privada, e à liberdade), a presença do advogado torna-se imprescindível para resguardá-las.

Há, além disso, a necessidade de se frisar que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, estabelece que todos devem ser considerados inocentes até que a sentença penal condenatória esteja transitada em julgado. É a chamada presunção de inocência, que não se restringe ao processo, sendo também aplicável à fase investigativa como garantia do indivíduo investigado e não garantia advinda deste ou daquele procedimento, analisado sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

O que se ressalva é que essa condição de inocência deve ser cultivada, inclusive e principalmente, durante o inquérito/investigação policial, para que o investigado seja reconhecido como deve, isto é, como sujeito de direitos, e não como objeto de investigação, característica ainda atribuída. A investigação policial não pode e não deve ser considerada

como norma superior à Constituição de 1988, ou, ainda, como se fosse procedimento completamente alheio a esta, sob pena de ferir o devido processo penal.

2.5 Inquérito Policial: mero procedimento? Ou fase pré-processual?

Uma das características inquisitórias que insiste em permanecer no sistema processual adotado no Brasil, ou seja, no sistema acusatório, consiste no processo como instrumento da busca de uma verdade histórica.

Grande parte do nosso Judiciário originou-se em escolas de direito baseadas no paradigma liberal¹⁰. Por esse motivo, ainda é possível encontrar defensores de uma aplicação mecânica da norma.

Contrária ao paradigma liberal, a via procedimentalista da Constituição, como a processualista de Fazzalari, concebe o processo como procedimento em contraditório (PELLEGRINI, 2003).

Fazzalari conceitua e diferencia procedimento e processo, através de uma perspectiva jurídica, criando uma estruturação e sistematização dos dois institutos. Para ele, procedimento seria uma série de normas (preceito de valoração da conduta lícita), atos (pressupostos/conduas submetidos à valoração jurídica) e posições subjetivas (faculdade, poder ou dever que assegure posição de vantagem a um indivíduo frente a um bem exposto na norma jurídica, bem como a conduta de terceiros frente a esse bem e a esse indivíduo – é a ação processual legítima de quem realiza os atos formadores do processo, construindo-o em contraditório), que se mostram numa sequência de normas previstas que resultarão no provimento final. Nele, a norma precedente (conduta valorada como lícita/devida) é pressuposto para realização da norma conseqüente (PELLEGRINI, 2003).

A partir desse raciocínio, Fazzalari diferencia processo e procedimento como sendo aquele uma consequência lógica deste. O Processo, contudo, não se resumiria a meros procedimentos, pois, é o procedimento que possibilita às partes um tratamento proporcionalmente simétrico, em contraditório, e com finalidade de justiça. Não seria, portanto, uma simples sucessão lógica de atos sem qualquer finalidade.

Ainda, conforme Pellegrini (2003), Fazzalari definiria procedimento por uma estrutura, qual seja: uma sequência de atos previstos e valorados por normas, bem como de

¹⁰ CRUZ (2001).

faculdades, poderes e deveres referentes às posições subjetivas existentes, obtidas pelas normas em questão, que se destinariam a um provimento ou a um mero ato final.

Aqui, verifica-se uma das principais justificativas para que se tenha na doutrina o conceito pré-concebido do inquérito policial como sendo mero procedimento: o fato de não se ter o indiciamento como um ato de relativa significância no decorrer da persecução penal, tendo-se que o inquérito não tem uma finalidade plausível, por não ser exigido para que se dê início ao processo penal, sendo, portanto, o seu resultado, considerado como um mero ato final. Não há, contudo, na doutrina processual penal, ou mesmo no direito administrativo, o conceito de mero procedimento. O que se pretende com tal afirmativa é vulgarizar o procedimento investigativo frente ao processo em si.

Essa concepção adotada de processo e procedimento cria a necessidade de adequação do inquérito policial. Através do conceito fazzalariano de processo como procedimento em contraditório, procedimentos processuais penais, como o inquérito, tornam-se incompatíveis, destacando, ainda, a incompatibilidade constitucional, que será discutida à frente.

Dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o processo sendo a concatenação de atos, faculdades e deveres (procedimentos) em contraditório não condiz com a ideia de sujeição, submissão, vantagem ou autonomia da vontade, presentes no inquérito policial. Tais características objetivizam o indivíduo e, mesmo dentro de um “mero procedimento”, o investigado permanece sendo sujeito de direitos. Principalmente em se tratando de processo penal, pois, não há que se falar em direito subjetivo de ação ou de autonomia da vontade, por exemplo, por serem institutos do direito privado. Ao contrário, historicamente, e ainda hoje, a prática processual penal está permeada de sujeição e submissão do indivíduo frente à jurisdição estatal.

2.5.1 Inquérito policial: mero procedimento administrativo?

No decorrer do processo penal brasileiro, firmou-se, doutrinária e jurisprudencialmente, o conceito de que não se aplicam à fase de inquérito alguns preceitos constitucionais, tendo em vista a aceitação de que somente deverão coexistir na fase processual. Assim, tal entendimento acaba por afetar o valor do elemento probatório angariado nessa fase procedimental.

Os principais argumentos para não aplicação dos princípios aqui discutidos são: a natureza inquisitiva e informativa do inquérito policial, bem como a natureza meramente administrativa do procedimento.

Tratemos do último argumento suscitado. Grande parte da doutrina interpreta a norma constitucional do art. 5º, inciso LV¹¹, como sendo de cumprimento obrigatório apenas em processos, sejam eles administrativos ou judiciais. Motivo pelo qual acabam por excluir a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa da fase pré-processual.

Assim, há quem defina o inquérito policial como uma peça meramente informativa, que tem como objetivo o conhecimento da infração penal e de sua autoria, sem a possibilidade de que resulte em sanção. Esses teóricos não consideram o termo “acusados em geral” como algo que se refira ao investigado, por não existir, nesse momento, o processo. Tampouco consideram a existência de uma relação dialética entre acusado e acusador durante o momento investigatório, por não haver acusação formal. Para eles, não existiria, nessa fase, a figura do acusado. Haveria, sim, o investigado: questão meramente terminológica e restritiva de direitos.

A fase pré-processual, sob tal vertente ideológica, se caracteriza como mero procedimento administrativo ou simples instrumento investigativo e, portanto, sem a necessidade de aplicação e resguardo de garantias.

Não obstante, há sim conflito de interesses. Afinal, considerando que o investigado, geralmente, possui interesse no não-indiciamento e, conseqüentemente, no não-processo, o titular da ação penal visa angariar indícios de autoria e materialidade para a propositura da ação penal e o Estado busca garantir a efetiva prestação jurisdicional e a aplicação da lei. Tais interesses tornam imperioso que se tenha um procedimento calcado nos ditames constitucionais, para que possam se aproveitar os elementos probatórios colhidos na fase pré-processual e para que se possa tutelar, em qualquer atividade estatal, seja ela jurisdicional ou meramente administrativa, os direitos fundamentais dos indivíduos.

É pacífico na doutrina que no processo administrativo estão e devem estar presentes as garantias constitucionalmente asseguradas, bem como o devido processo legal, conforme previsão constitucional (art. 5º, LV, da CR/1988). No entanto, respeitadas as opiniões em contrário, quando tratamos do procedimento investigativo/inquérito policial se pode encontrar a questão controvertida: deve se desenvolver à luz dos princípios e garantias constitucionais? Ou seria somente o processo aquele capaz de abrigar o contraditório, a ampla defesa, o estado de inocência, o devido processo penal, dentre tantos, pelo fato de pretender o provimento final?

¹¹ Art. 5º, inciso LV, CR/1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O processo indica instituto que em sua essência não se difere de procedimento.¹² Tanto o é, que Fazzalari o define como procedimento em contraditório (PELLEGRINI, 2003); Cretella Júnior (2004) o determina como uma reunião de atos e procedimentos e, este último, como um grupo de atos ou apenas um deles. Desse modo, processo constitui o todo complexo e o procedimento são as partes que o complementam, independentemente de qual seja seu âmbito de atuação (penal, civil ou administrativa).

Assim, distinguir processo e procedimento, no tocante a efetiva aplicação de princípios e garantias fundamentais, é limitar-se à parte de um todo complexo, tornando tal parte alienígena ao todo a que complementa, separando fases que formam o processo em si, e que possibilitam a formação de toda a instrução, criando a persecução processual e firmando o convencimento do juiz na busca pela efetiva aplicação da norma, para que se chegue ao provimento final: a sentença.

2.5.2 Inquérito policial: fase pré-processual?

Todo procedimento e todo processo possui natureza instrumental, pois, ambos são componentes do Direito Processual, que possibilita e garante a aplicação efetiva do ordenamento jurídico vigente, regulando a atividade jurisdicional (CRETELLA JÚNIOR, 2004).

Em verdade, por ser o inquérito policial reduzido a simples instrumento de acusação (peça informativa) e por sua característica predominantemente inquisitiva, seu procedimento anacrônico não permitiu, ainda, a necessária interação com processo penal numa relação sincrética e seqüencial. Atribuir o conceito de “mero procedimento” à fase investigativa de modo a justificar sua função, privativamente, como instrumento de acusação/imputação, em comunhão com suas características inquisitivas, acaba criando um cenário crítico frente ao novo contexto constitucional (CABETTE, 2009).

Destarte, interessante seria que existisse uma conexão entre a fase pré-processual e a fase processual, como parcelas de um todo que, juntas e de um modo sincrético, possibilitem e desenvolvam a persecução processual, visando a satisfação jurídica na sentença. Esse entendimento possibilitaria a criação de segurança jurídica, não apenas numa perspectiva geral, mas, também, vista pela ótica do investigado/denunciado, em todos os momentos processuais.

¹² Em seu aspecto natural ou ontológico.

Na grande maioria dos casos, analisando-se os processos penais, é possível verificar que os autos de inquérito policial, fundamentam e instruem a grande maioria das denúncias oferecidas pelo Ministério Público.

Além disso, também é possível perceber a contradição existente entre a teoria e a prática em termos de interrogatório, de oitivas de testemunhas, como no trecho que segue: “[...] que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; **que confirma seu depoimento prestado em sede policial [...].**” (SANTA LUZIA, 2007a). (Grifos nossos).

São demonstrações de que o inquérito, apesar de inquisitivo, está constantemente presente em sede processual. E, o que pode representar maior gravidade, se faz presente na sentença:

[...] Materialidade não questionada, [...]. **Melhor sorte não socorre ao acusado quanto à autoria do crime previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, uma vez que essa restou incontroversa, não só pelo contexto probatório carreado para os autos, mas, principalmente, pela própria confissão espontânea do acusado, tanto na fase extrajudicial, quanto na ocasião de seu interrogatório. Da mesma forma, a autoria do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, também restou comprovada. [...]. G.M.T.L., policial condutor do APF, à f. 02, cujo depoimento foi confirmado em juízo à f. 77, [...]. No mesmo sentido é o depoimento da testemunha, A.T.S., à f. 05, cujo depoimento também foi confirmado em juízo, à f. 78 [...]. [...]. Ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para ABSOLVER C.S.S., [...], quanto à prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 e CONDENÁ-LO nas iras do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03. [...]. (SANTA LUZIA, 2007b). (Grifos nossos).**

Assim, torna-se pertinente contrariar o que vários autores afirmam: tratar o inquérito policial de “mero procedimento administrativo”, sem nenhuma finalidade específica. E, também, contrariar a afirmação de que os autos de inquérito não são e não podem ser usados para formação da convicção do julgador. Ora! Os trechos de denúncia, de termo de oitiva de testemunha e de sentença aqui citados são parte dos autos de processos. Destarte, a expressão “mera peça” não deveria ser utilizada, pois, afinal, todas as provas produzidas no decorrer desse importante procedimento investigatório, ou seja, na fase pré-processual, são, em sua grande maioria, repetidas em juízo. Tal repetição acaba reduzindo a fase processual a uma fase onde seus elementos de prova são produzidos por mera repetição dos atos do inquérito policial, assim, suas provas são, fundamentalmente, de base inquisitiva (CARVALHO, 2006).

Rompendo-se com preceitos que já deveriam estar proscritos no processo penal, surge a necessidade de que não mais se conceba o inquérito policial como mero procedimento. Pois, a fase pré-processual é, sim, um procedimento preliminar de grande importância investigativa e processual.

Contudo, a doutrina, ainda pendente de renovação ante ao novo cenário de garantias e direitos previstos na Constituição de 1988 (cidadã e democrática), insiste em definir o Inquérito Policial como sendo uma peça de cunho informativo ou um mero procedimento administrativo, conceituação que pretende mediocrizar seus resultados, desprovidos de contraditório, ampla defesa, devido processo penal, estado de inocência, dentre outros, evitando sua adequação aos novos conceitos e um processo penal verdadeiramente constitucional.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E O INQUÉRITO POLICIAL

No Estado Democrático de Direito o indivíduo, cidadão e sujeito de direitos, possui frente ao Estado não só direitos privados, mas direitos públicos. Estes devem ser assegurados e, para tanto, tivemos tais direitos e garantias consagrados constitucionalmente. Todavia, como vivemos em um país de pouca experiência democrática, onde não houve a concretização do Estado Democrático de Direito, a fase investigativa se apresenta como procedimento imune aos princípios e garantias previstos na Constituição da República de 1988. Mas, não o é. Por esse motivo, busca-se uma reforma no processo penal como um todo.

Algumas modificações sofridas pelo sistema processual penal brasileiro visam responder à crescente criminalidade (CABETTE, 2009). Contudo, tais reformas não podem se limitar, pura e simplesmente, a eficácia da norma penal e da norma processual penal. Imperioso, frente à Constituição de 1988, cidadã e democrática, que se preze pelas garantias individuais como instrumento de um processo verdadeiramente constitucional.

O Estado possui o monopólio da aplicação das penas e de sua execução. Entretanto, nessas funções não se resume o seu papel frente ao processo penal. Atribui-se a ele, primordialmente, a proteção ao indivíduo, sujeito de direitos.

O exercício das atividades estatais, voltados ao âmbito penal e processual penal, deve ser adequado aos preceitos constitucionais vigentes. Pois, sem essa proteção e sem que se utilize da jurisdição e autonomia estatal como instrumento de democracia, bem como para que se assegurem direitos e preceitos fundamentais, tais direitos, sejam eles reconhecidos e declarados pela Constituição ou por outro documento legal, não poderão ter sua eficácia e aplicabilidade certificadas e, desse modo, a lesão, bem como a ameaça de lesão, não poderão ser evitadas nos enalços jurisdicionais ou administrativos.

Ressalte-se, então, que princípios constitucionais não podem ser considerados como simples indicação ao legislador ulterior, dando-lhe certo arbítrio para segui-los ou não, dispondo destas como melhor interpretar, até mesmo, podendo interpretá-la de forma divergente, negando-lhes eficácia jurídica (SILVA, 2007). Motivo pelo qual devem ser assegurados, também e inclusive, durante a fase investigativa precedente ao processo penal.

3.1 A democratização e constitucionalização do inquérito policial como instrumento de efetivação de direitos fundamentais

O Estado Democrático de Direito, paradigma de Estado Moderno, constitucionalmente adotado, tem como características a defesa do pluralismo, que vem a ser, de forma legítima, uma convivência de concepções (projetos, interesses e convicções) (GALUPPO, 2001) divergentes e/ou diversas; e pressupostos e condições processuais que possibilitem uma formação democrática do Direito.

A democratização da fase investigativa se dará por meio do fortalecimento da participação/representação do indivíduo que ocupa o lugar processual de sujeito passivo. Nesse sentido, para Lopes Júnior (2005), a valorização do indivíduo frente ao Estado, num sistema democrático político-cultural, se exprime em todo e qualquer ambiente da complexa relação Estado-indivíduo. A total submissão do investigado face ao Estado, frente ao processo penal, subentende a adoção de um sistema penal autoritário.

Já a sua constitucionalização ocorrerá através da aceitação do inquérito como procedimento precedente ao processo penal, mas tendo-se este último como consequente ao primeiro, numa visão sincrética e seqüencial, adepta às normas (princípios, garantias e direitos individuais) constitucionais.

O que ocorre atualmente, quando se trata de inquérito policial, é uma leitura e interpretação do procedimento investigativo de forma desvinculada, não só do processo penal, como firmado pela doutrina, mas, principalmente, como procedimento desvinculado das normas constitucionais. No entanto, não há que se falar em ordenamento infraconstitucional que possa concorrer de forma horizontal com a Constituição. Ressalte-se que o princípio da supremacia constitucional prevê uma compatibilidade vertical entre tais normas e a Constituição. Segundo esse princípio, uma norma não possuirá validade quando seu texto não estiver em harmonia com o texto constitucional.

De tal modo, todo ordenamento jurídico, seja ele anterior ou ulterior à Constituição de 1988, se submete ao ordenamento constitucional, local onde encontra sua principal fonte formal.

Destaque-se, neste ponto, que uma das características mais acentuadas do Estado Democrático de Direito é a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Esses, apesar de asseguradas, muitas garantias fundamentais e princípios de direito, sejam eles constitucionalmente ou socialmente previstos, mesmo válidos e vigentes, não são efetivamente aplicados.

“A positividade do Direito não se confunde com sua vigência nem com sua eficácia.” (SILVA, 2007, p. 65). Motivo pelo qual, não se devem considerar legítimos e/ou válidos os princípios inquisitórios previstos no inquérito policial. E sua eficácia também pode ser contestada, por apresentar normas vitimadas pelo desrespeito e inaplicabilidade: dispõe a norma constitucional num sentido e se aplica a norma infraconstitucional em outro, através de práticas viciadas e costumeiras, advindas de uma cultura na qual se tem o réu de um processo penal como inimigo/ameaça (“ideologia do repressivismo saneador” e “ideologia utilitarista”¹³), antes mesmo de uma condenação transitada em julgado, no curso do devido processo legal. Demonstrando, então, uma disparidade entre a constituição formal (escrita), a constituição efetiva (vigente e solenemente promulgada) e a constituição aplicada (cumprida e eficaz) e, conseqüentemente, criando divergências entre as normas constitucionais e as normas legais, quando observadas em sua aplicação.

Assim sendo, o Direito Constitucional moderno compreende a garantia dos direitos fundamentais e de sua efetivação (que se dá por meio de ações, processos e procedimentos constitucionais), tornando possível a participação do sujeito de direitos de uma maneira cidadã, em seus múltiplos aspectos e efeitos.

Afinal, a Constituição democrática que possuímos e os direitos e garantias fundamentais por ela integrados no Estado Democrático de Direito, se associam para que haja a realização efetiva destes, utilizando-se, principalmente, e inclusive, da legitimação dos processos nela descritos e fundados.

Além disso, a transgressão a direitos e garantias fundamentais acaba por originar uma real incoerência e dissipação do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, posto que, já se depara, sem meios termos, com uma “violência institucional do aparato estatal de segurança pública, serviços públicos sucateados e desmoralizados prestando péssimo atendimento ao público” (CRUZ, 2001, p. 241) que, juntos ou individualmente analisados, negam os direitos constitucionalmente, socialmente e historicamente alcançados.

Sendo assim, é indispensável que os direitos fundamentais sejam efetivados, única forma de permitir que a soberania popular se manifeste na sua integral inteireza. Num país de excluídos como o Brasil a presente discussão ganha contornos críticos e bem definidos: a defesa dos direitos fundamentais é o único caminho seguro para consolidação da democracia. (CRUZ, 2001, p. 242).

¹³ Cf. LOPES JÚNIOR, 2005.

Oportuno, então, zelar pela efetiva aplicação dos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, seja em qual fase se estiver, visando evitar a presença de um Estado tirano e autoritário.

3.2 Processo Penal Constitucional e a fase investigativa

Para que se torne possível manter uma distância deste processo penal autoritário, imprescindível que se exercite cada vez mais um processo penal constitucional. Para tanto, deve-se fazer uma leitura e interpretação da legislação processual penal de forma vinculada à Constituição de 1988.

Galuppo diz que “não se pode legitimamente em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as consequências da decisão) na revelação do sentido da constituição.” (GALUPPO, 2001, p. 63).

Aqui, compete citar o modelo pragmático de interpretação das normas constitucionais¹⁴. Tal modelo estuda as possíveis analogias entre as normas e os sujeitos de sua aplicação. Conforme Habermas e Günther, em sua *Teoria Discursiva do Direito*, o real significado da norma só é alcançado quando, num caso concreto, a sua aplicação é tida não como simples aceitação de seus destinatários, mas que estes estejam envolvidos de modo a se sentirem, também, autores de modo racional. (PELLEGRINI, 2003).

Contudo, o processo penal brasileiro, por ter em sua fase antecedente a prevalência de princípios inquisitivos, acaba por se assemelhar, dentro da perspectiva legal/prática, a um sistema predominantemente inquisitório (em seus princípios e procedimentos aplicados, bem como em seus métodos de interpretação adotados). O que faz com que muitos teóricos do direito tenham o nosso sistema como um sistema misto e não acusatório.¹⁵

Adequando-se a fase pré-processual ao sistema acusatório, necessariamente, se estaria conformando-a, também, ao processo penal constitucional, onde não importa apenas realçar as garantias do acusado, que possuem autoridade constitucional frente à legislação ordinária. O que faz de um simples processo penal um processo penal constitucional é a interpretação das normas processuais à luz dos preceitos constitucionais. Ou seja, fazer uma interpretação constitucional dessas normas e aplicá-las por meio dessa interpretação. Assim, o processo

¹⁴ Segundo Gallupo (2001, p. 62): o modelo pragmático de interpretação das normas constitucionais é aquele que “estuda as relações que se estabelecem entre a norma e os sujeitos envolvidos no processo comunicativo, e constitui objeto das teorias pragmáticas do direito, em especial das teorias da argumentação jurídica.”

¹⁵ Cf. COUTINHO, 1999.

penal constitucional se fará através de um sistema unitário do ordenamento jurídico, fazendo-se uma interpretação vertical das normas processuais frente à norma constitucional, e não uma interpretação horizontal, conforme se pode vislumbrar ao analisar o procedimento investigatório (FERNANDES, 2002).

Destarte, temos o Direito Processual Constitucional como sendo a condensação e sistematização dos princípios e garantias constitucionais do processo, englobando a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo (que corresponde à incidência da norma constitucional sobre os órgãos da jurisdição, suas competências e garantias) e a jurisdição constitucional (que compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, além do controle jurisdicional das liberdades, decorrente do uso de remédios constitucionais (FERNANDES, 2002).

Seus institutos fundamentais seriam: o processo, incluindo-se o procedimento; a jurisdição, conglobando competência; a ação penal, abarcando a investigação criminal; a defesa e as medidas cautelares (FERNANDES, 2002). Desses institutos interessa-nos, para o estudo aqui em questão, a ação penal e a investigação criminal, consideradas como institutos conseqüente e precedente.

A ação é o exercício do direito constitucional à prestação jurisdicional. No âmbito penal e processual penal seu titular é o Estado (na figura do Ministério Público), na grande maioria dos casos (ações penais públicas). Assim, por meio da ação o Estado pleiteia a condenação do indivíduo tido como autor de certo fato tido como criminoso.

Aqui, frise-se que não se deve apenas insistir na importância instrutória que possui a investigação preliminar na persecução penal, angariando provas e indícios, mas colocar o procedimento investigatório como instrumento que garanta a fase preliminar como verdadeiro início de um processo penal constitucional, proporcionando desde então uma equidade e um equilíbrio, sem que tal atitude possa ser considerada prejudicial ao sistema processual. Mas, para que essa situação possa ser preceituada, torna-se indiscutivelmente necessário que se liberte o processo penal de preconceitos e ideias equivocadas, como a redução do inquérito a mero instrumento de acusação/imputação. Deve-se interpretá-lo como instrumento imparcial de apuração. Além disso, necessária a libertação do procedimento investigativo no que tange à aplicação de princípios inquisitivos como algo indispensável ao equilíbrio da relação processual. Assim, não será por meio de tentativas de implementação de modelos estrangeiros, desprezando-se a tradição e a realidade brasileira, que se dará a reforma procedimental em relação à fase pré-processual. A mudança efetiva se dará por meio de

adequação e interpretação do procedimento investigatório frente à Constituição de 1988 e ao Estado Democrático de Direito, em sintonia com o sistema acusatório.

Desse modo, contrariando a doutrina majoritária, surgem seguimentos na doutrina pátria que buscam a adequação de tal fase ao sistema acusatório e, assim, ao processo penal constitucional. Tal adequação atribui maior importância ao inquérito policial: tanto no esclarecimento e compreensão dos fatos, quanto na eficácia que o procedimento traz à persecução penal, além de colocar a investigação preliminar como efetiva garantia de incidência do devido processo legal e de paridade de armas entre acusação e defesa.

Visando essa conformidade com o sistema acusatório, a investigação preliminar executada por meio de inquérito policial deve manter-se imparcial. Não se prestando apenas como peça informativa da acusação, mas servindo a ambos os pólos da relação que se forma: acusação e defesa. Prestando-se, da mesma forma, ao sistema acusatório por separar as funções de investigar, acusar, defender e julgar, estando em consonância com o processo penal constitucional.

Desse modo, a incidência de princípios constitucionalmente previstos promovendo a constitucionalização e democratização do inquérito policial de modo a se possibilitar a participação do investigado no agenciamento de elementos probatórios, creditando maior confiança à função instrutória do inquérito, acabaria por colocar o investigado como sujeito de direitos, em sintonia com o Estado Democrático de Direito, com o sistema acusatório e com o Direito Processual Constitucional. Além de posicionar o Estado em seu papel de protetor e efetivador dos direitos e garantias fundamentais.

4 CONCLUSÃO

O inquérito policial é o sistema adotado no Brasil para que se proceda à investigação preliminar ao processo penal. Tal procedimento surgiu em um contexto autoritário, no qual se prezava pelo utilitarismo, e caracteriza-se, hodiernamente, como anacrônico e divergente frente à Constituição da República de 1988 e ao Estado Democrático de Direito.

Possui suas bases e fundamentos numa cultura inquisitiva, na qual se busca pela verdade real e, por ela, se justifica a aplicação dos demais princípios inquisitórios, dentre eles: o sigilo, a atuação de ofício, a mitigação a direitos individuais, a ausência de defesa técnica, etc. Criando, assim, a objetivização do indivíduo investigado, retirando-lhe a posição de sujeito de direitos.

Doutrinariamente, se aceita que o inquérito policial é peça meramente informativa, que visa angariar indícios mínimos de autoria e materialidade do fato tido como delituoso, para justificar o processo ou o não processo, sendo, entretanto, dispensável para a propositura da ação penal. Há, ainda, quem o posicione como instrumento de garantia frente a processo penal, visando evitar processos injustos ou apressados.

Caracteriza-se, para alguns, como atividade sem um fim em si mesma. Outros chegam a afirmar não existir prejuízo ao investigado ou resultado a ser suportado. Entretanto, é marcada pela inobservância e mitigação de preceitos fundamentais, ao argumento de efetiva obtenção de resultados.

Apesar disso, percebe-se a existência de meras repetições dos elementos probatórios produzidos na fase de inquérito, sob a égide principiológica inquisitorial, na fase processual, onde devem estar presentes direitos, garantias e princípios como contraditório e ampla defesa, por exemplo.

Atrelado ao prejuízo acarretado pela prevalência de uma cultura inquisitorial, tem-se uma crise institucional e estrutural envolvendo a polícia judiciária e, portanto, o inquérito policial. Patente o descrédito sofrido pelo instituto, tornando-o alvo de críticas e desvalorizando seus atos e resultados.

Tendo em vista o contexto exposto, frente ao atual conceito de processo como processo constitucional, surgem vertentes na doutrina que buscam a adequação dos procedimentos como instrumentos de efetivação de garantias fundamentais. Além de clamar por uma reforma que promova a democratização e, em consequência, a constitucionalização de tal fase. Tal adequação acabaria por legitimar o procedimento investigativo possibilitando maior segurança jurídica, melhores condições processuais, em menor espaço de tempo.

Permitindo a concepção do inquérito policial como instrumento de efetivação de direitos e garantias constitucionais e, de forma sincrética, fase preliminar ao processo penal constitucional e, conseqüentemente, parte integrante a ele.

Abstract

It is understood as necessary democratization and constitutionalization of the investigation in order to contribute to the affirmation of such a procedure as an integral stage of criminal prosecution and to elevate the status of the investigated subject of rights, enabling the realization of the rights and guarantees in criminal proceedings as a whole. We seek to understand the pre-trial, examining the police investigation in light of the adversarial model, using as constitutional principles and democratic state of law and analyze it from the perspective of constitutional design process, and discuss their procedures with inquisitive the adversarial system, dedicated to the promotion of fundamental rights.

KeyWords: Police investigation. Constitutional criminal proceeding. Accusatory system.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcus Tito Tapioca de. **Os princípios da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial**. Publicado em 13 ago. 2008. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/articles/8625/1/os-principios-da-ampla-defesa-e-do-contraditorio-no-inquerito-policial/pagina1.html>> Acesso em: 12 fev. 2008.

BRASIL. **Código penal, código de processo penal, legislação penal e processual penal, constituição federal/Brasil**. RT mini códigos. GOMES, Luiz Flávio (Org.). 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do inquérito policial no sistema acusatório. O modelo brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13037>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

CARVALHO, Paulo Henrique da Silva. **A importância do inquérito policial no sistema processual penal**. Revista Magister de direito penal e processual penal, Porto Alegre: Editora Magister S/A, v.3, n.14, (set. 2006), p. 18-37.

CHOUKR; Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 231.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, v. 28, p. 109-138, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 1, p. 162-215.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 381p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. 1^{-a}. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005. 352 p.

FREYESLEBEN, Mário Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 2^a Edição. 181p.

GALUPPO, M. C. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 1, p. 47-65.

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 12 out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Anais – seminário Aspectos Penais em 500 anos, Série Cadernos do CEJ, 2000, Vol. 18. p. 17-30.

JÚNIOR; José Cretella. **Prática do processo administrativo.** Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 265 p.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal.** In: Wunderlich, Alexandre. (org.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 77-113.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal - fundamentos da instrumentalidade garantista - 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 305 p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **O sigilo na fase pré-processual.** Justitia, São Paulo, v. 62, n. 189/192, p. 103-108, jan./dez. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23766>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de elio fazzalari.** Virtualjus, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 326 p.

SANTA LUZIA. 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG. **Termo de oitiva de testemunha, 1ª testemunha da denúncia,** fls. 89/90. Autos nº 0245.07.124.869-5. Com data de 11/10/2007a.

SANTA LUZIA. 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG. **Sentença,** fls. 118 a 128. Autos nº 00245.07.109.687-0. Decisão prolatada em prolatada em 23/08/2007b.

SANTOS, F. B.; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal.** In: CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Processo e Hermenêutica, 2007, p. 1974-1985.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 319 p.

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. **Processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2005. 667p.