

WECISLYDE MOREIRA

**PROCESSUALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL
SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

BACHARELADO
EM
DIREITO

FIC – MG.

2015.

WECISLYDE MOREIRA

**PROCESSUALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL
SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada à banca examinadora de direito das faculdades integradas de Caratinga-FIC, como requisito parcial para obtenção de título de bacharel em Direito. Sob a orientação do professor Almir Fraga Lugon.

FIC - Caratinga

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar, por ter me dado a oportunidade de realizar meu sonho. Agradeço aos meus amados pais Nilda de Fátima Pereira e Jorge Moreira da Silva, pelo apoio, incentivo e toda dedicação, aos meus irmãos e principalmente a minha irmã Uecislaine Moreira pelo apoio.

Agradeço ao meu orientador Almir Fraga Lugon, com minha total admiração e especial gratidão.

Ao Professor Dário Junior Soares, pelo apoio e grande contribuição para desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos, pelos bons momentos, a compreensão pela ausência nos momentos de estudos. E agradeço aos demais amigos e familiares que me ajudaram a chegar até aqui.

É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um
inocente.

Voltaire.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a possibilidade da processualização do inquérito policial e também a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, na primeira fase de persecução penal a partir de opiniões de doutrinadores consagrados. O movimento ou teoria da processualização dos procedimentos, defendido por Fredie Didier, Rogério Tucci e Aury Lopes Jr, é um posicionamento que consiste no afastamento do mecanismo inquisitorial do inquérito policial, defendendo a aplicação do princípio do devido processo legal aos procedimentos de investigação preliminar. Significa aplicar aos procedimentos preliminares, o contraditório e a ampla defesa.

Palavras- chave: Direitos Fundamentais, Convenção America de Direitos Humanos, Ampla Defesa, Contraditório e Inquérito Policial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES CONCEITUIAS

CAPÍTULO I – DO INQUÉRITO POLICIAL E OS SISTEMAS PROCESSUAIS

| | | |
|--------|---|----|
| 1.1) | Inquérito policial..... | 11 |
| 1.1.1) | Características..... | 12 |
| 1.1.2) | Valor Probatório..... | 15 |
| 1.2) | Sistemas processuais penais:..... | 19 |
| 1.2.1) | Inquisitório..... | 20 |
| 1.2.2) | Acusatório..... | 21 |
| 1.2.3) | Sistema Misto..... | 22 |
| 1.2.4) | Sistema processual adotado no Brasil..... | 24 |

CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO E NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

| | | |
|------|--|----|
| 2.1) | Teoria dos princípios..... | 27 |
| 2.2) | Princípio da presunção de inocência..... | 28 |
| 2.3) | Princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do Contraditório..... | 30 |
| 2.4) | O processo penal a luz da Constituição Federal 1988 e a Convenção de Direitos Humanos..... | 34 |
| 2.5) | Convenção Americana de Direitos Humanos..... | 36 |
| 2.6) | Direitos Humanos Fundamentais e Constitucionalismo..... | 38 |

CAPÍTULO III – PROCESSUALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

| | | |
|------|--|----|
| 3.1) | Da possibilidade da Processualização do Inquérito Policial..... | 40 |
| 3.2) | Análise literal do Art. 5º LV da Constituição Federal de 1988..... | 42 |
| 3.3) | Da participação do Advogado..... | 44 |
| 3.4) | Princípio da Obrigatoriedade..... | 47 |
| 3.5) | Contraditório e direito de defesa no inquérito policial..... | 48 |

| | |
|--|----|
| 3.6) Situação jurídica do sujeito passivo e a garantia de um contraditório mínimo..... | 50 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 55 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 56 |

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo analisar a possibilidade da processualização do inquérito policial e a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial.

Sendo assim, passam a existir ganhos de natureza jurídica, social e acadêmica.

Sendo eles justificados como ganho jurídico consiste na inovação da aplicação dos referidos princípios, facilitando assim um melhor acesso a justiça pela autoridade competente, por parte dos investigados.

O principal ganho social seria a diminuição do tempo no procedimento após a aplicação dos princípios, pois não teria que ser repetido tudo novamente em juízo gerando maior celeridade nas respostas judiciais à sociedade.

E por fim, o ganho acadêmico destaca-se no sentido de conferir à pesquisadora maior aprofundamento na matéria pertinente, contribuindo, por conseguinte, com mais conhecimentos e crescimento profissional.

A pesquisa apresentada tem como tema a Processualização do Inquérito Policial segundo a Constituição Federal de 1988, onde se depara com o problema em que Conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos e Constituição de 1988 é possível afirma que o inquérito policial permanece um mero procedimento inquisitivo sem contraditório e ampla defesa?

Pelo fato de se poderem identificar principais direitos que caminhe para processualização do inquérito policial, colocando o alcance de um grau mínimo de contraditório e ampla defesa nessa fase: comunicação imediata a família, direito a assistência do advogado, direito de silêncio, direito de reconhecer os fatos que motivaram sua prisão e a autoridade que a realizou.

Diante do Art.7.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina que toda pessoa detida tenha o direito de ser informada sobre as razões da detenção, das acusações que existem contra ela. No Art. 8.2 estão enumeradas as garantias judiciais do individuo.

Vale ressaltar que nessa hipótese não seria razoável exigir um contraditório pleno e uma ampla defesa sem limites na investigação preliminar, até porque seria contrário ao próprio fim investigatório, mas o que é perfeitamente exigível é

assegurar um mínimo de contraditório e direito de defesa, em determinados atos, esse mínimo não afastaria a participação em casos em que o segredo interno não se justificasse, conforme o trecho a seguir do ponto de vista de Aury Lopes Junior:

O que não podemos é concordar com um discurso autoritário que ainda é assumido por alguns tribunais brasileiro, pensamos que se é para sermos legalista, sejamos fazendo uma leitura constitucional do CPP; se for para ser positivista, ótimo, mas um positivismo de combater, buscando a máxima eficácia dos direitos fundamentais e não o mofado paleopositivismo. Em suma, desde o paradigma constitucional e á luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos, é inafastável a incidência do contraditório e o do direito de defesa (técnica e pessoal [positiva ou negativa]) na investigação preliminar.¹

Diante o exposto a metodologia do trabalho terá cunho teórico-dogmática, abordando a interdisciplinaridade entre as disciplinas do Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Direito Internacional.

A monografia será dividida em três capítulos. O primeiro será abordado o Inquérito Policial e os Sistemas Processuais. O segundo capítulo tratará exclusivamente dos Princípios do Processo Penal e dos Direitos Fundamentais na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por fim, o capítulo final sendo o mesmo principal para a conclusão da pesquisa, tratará da processualização do inquérito policial, expondo todos os argumentos favoráveis a adoção dos princípios da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, bem como todos os atos que já caminham para a possibilidade da processualização do inquérito policial.

¹ JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 256.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUIAS

Direitos fundamentais referem-se aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado estado diferem dos direitos humanos, com os quais são freqüentemente confundidos, na medida em que os direitos humanos aspiram à validade universal, ou seja, são inerentes a todo ser humano como tal e a todos os povos em todos os tempos, sendo reconhecido pelo Direito Internacional por meio de tratados e tendo, portanto, validade independentemente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional (caráter supranacional).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978. É uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. A Convenção Americana De Direitos Humanos, que foi aderida pelo Brasil por meio do Decreto 678/92, de modo que suas disposições passaram e integrar o ordenamento jurídico interno no Art. 5º§2º da Constituição, dispõe no seu Art. 8.2 as garantias judiciais do indivíduo como, por exemplo: presunção de inocência, ser ouvido com as devidas garantias e em prazo razoável, defender-se pessoalmente ou eleger um defensor, ser defendido por um advogado do estado.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”.²

Os princípios da ampla defesa e do contraditório possuem base no dever delegado ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada. As condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática são pautadas através dos direitos e garantias fundamentais. Estes são meios de proteção dos Direitos

² JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4.ed.Rio de Janeiro:Lumen Juris,2006.p.230.

individuais, bem como mecanismos para que hajam sempre alternativas processuais adequados para essa finalidade.

Além disso, os princípios constitucionais são indispensáveis na sua função ordenadora, pois colaboram para a unificação e harmonização do sistema constitucional. A Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LV afirma que: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."³

Não só a Constituição da República, mas também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992, garante o contraditório. Diz o art. 8º:

Art. 8º Garantias Judiciais "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."⁴

O inquérito policial é um procedimento policial administrativo, criado pelo decreto imperial 4.824/1871, e previsto no Código de Processo Penal Brasileiro como principal procedimento investigativo da polícia judiciária brasileira. Ele apura (investiga) determinado crime e antecede a ação penal, sendo comumente classificado como pré-processual, embora constitua atividade em unidade com o processo penal. O Inquérito Policial é composto também de provas de autoria e materialidade de crime, que, geralmente são produzidas por Investigadores de Polícia e Peritos Criminais, é mantido sob a guarda do Escrivão de Polícia, e presidido pelo Delegado de Polícia.

³ RODRIGUES, Cristiano; TÁVORA, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.14.

⁴ BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrument>. Acesso em 25 de maio de 2015.

CAPÍTULO 1– DO INQUÉRITO POLICIAL E OS SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1 - INQUÉRITO POLICIAL

Como regra é a iniciativa da ação penal a cargo do Estado, sendo também a fase pré- processual na persecução penal, o inquérito policial, é uma atividade específica da Polícia Judiciária, ou seja, Polícia Civil, no que diz respeito o âmbito da justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal.

As possibilidades de instauração do inquérito policial vão depender de qual tipo de ação penal se submete o delito, existindo assim: a) ação penal pública incondicionada; b) ação penal pública condicionada à representação; c) ação penal privada.

A ação penal pública incondicionada o órgão acusador vai oferecer a denuncia sem que precise da representação ou manifestação da vítima. Então tal ação o inquérito policial é instaurado de ofício pela autoridade policial (delegado) a partir do conhecimento do fato ocorrido, ou mediante a representação do ministério público, ou a requerimento do ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo ou qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da infração, (art. 5º, do Código de Processo Penal), sendo este um procedimento de investigação previa constituída por diligências, tendo por finalidade a obtenção de indícios do autor da infração.

Para Fernando Capez o inquérito policial é assim conceituado:

Conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30). Como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.⁵

Nos crimes da ação pública condicionada depende da vontade da vítima ou de seu representante legal e a requisição do ministério público, se não houver manifestação de vontade destes o inquérito não poderá ser instaurado, a representação pode ser oral ou escrita.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva ,2004. p. 66.

Para Tourinho Filho tem por entendimento:

Trata-se de crime de ação penal pública condicionada a representação, diz o §4º do art.5º: “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”. Conclui-se daí que, se o crime for de ação pública, mas condicionada a representação, a autoridade policial não poderá iniciar o inquérito por iniciativa própria⁶.

Nos crimes de ação privada, o inquérito policial deve ser instaurado somente com a representação do ofendido ou do seu representante legal, a autoridade policial não poderá iniciar de ofício e nem mesmo a requerimento do juiz ou do ministério público.

Art. 5º §5º do Código de Processo Penal “Nos Crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.”⁷

Assim, sendo o inquérito policial colhe elementos que seriam difíceis de obter na fase judicial, como por exemplo: o auto de prisão, o exame pericial, etc. Sendo assim podemos resumir que o inquérito policial é um conjunto de atos realizados pela policia a fim de se chegar ao responsável pela pratica de um ato criminoso.

Como já visto o inquérito policial tem por finalidade obter indícios contra o autor da infração, de reunir provas nas quais comprovem a autoria do fato criminoso, para assim apresentar ao titular da ação penal, ou seja, o Ministério Público ou a Vítima.

Afim de que ofereça a denuncia ou queixa crime, no qual o inquérito irá acompanhado toda vez que serve de base para qualquer uma delas.

1.1.1. - Características

O inquérito policial tem por procedimento escrito nos termos do art. 9º do Código de Processo Penal. E sobre tal característica Fernando Capez: “*vista as finalidades do inquérito, não se concebe a existência de uma investigação verbal*”⁸. Pois os atos do inquérito têm por fundamento dar base à ação penal, assim afirma Mirabete:

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p 199/200.

⁷ RODRIGUES, Cristiano;TÁVORA, Nestor. **Código Penal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.384.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo:Saraiva,2012,p.54

O inquérito policial é um procedimento escrito, já que destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal. Dispõe o artigo 9º do CPP que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, realizadas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade⁹

O inquérito possui também característica de ser sigiloso nos termos do Art.20 do Código de Processo Penal, essa característica visa o bom andamento das investigações, e de evitar a publicação de provas colhidas e as que pretende obter, para que não se atralalhe no andamento das investigações.

Neste sentido, ministra Mirabete:

O inquérito policial é ainda sigiloso, qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que se lhe oponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas etc. [...] O sigilo não se estende ao Ministério Público, que pode acompanhar os atos investigatórios [...] nem o Judiciário.¹⁰

Vale ressaltar que essa característica perdeu parte de sua utilidade na medida do art.7ª, III, da Lei nº8. 906/94, na qual o advogado poderá consultar os autos do inquérito nos limites em que a lei assim o permitir.

Dentro de suas características o inquérito é oficioso, ou seja, não precisa ser provocado, basta que se tome conhecimento da infração penal, salvo ação penal pública condicionada e ação penal privada.

Não menos importante o inquérito policial possui a característica de autoritariedade, ele é realizado por uma autoridade pública, a Policia Judiciária (Policia Civil), conforme o art.144 § 4º da Constituição Federal.

Sendo também indisponível, uma vez instaurado não poderá ser arquivado pela autoridade policial, assim dispõe o art.17 do Código de Processo Penal.

O inquérito também é sistemático, tendo essa forma para que, quem venha a manusear essa peça possa entendê-lo facilmente, assim evita ocorrência de erro, um deles é o de interpretação. Não havendo sistemático o inquérito fica vulnerável a vícios, podendo até ferir o direito do acusado ou da vítima.

Por fim o inquérito é tido como inquisitivo, durante o seu tramitar não esta sujeito ao princípio do contraditório, sendo assim a autoridade comanda as investigações com total liberdade de ação, não havendo procedimento preestabelecido, podendo se observar sua característica inquisitiva no art. 107 do

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003, p 78

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003, p 73

Código de Processo Penal: “*Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos autos de inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal*”.¹¹

Para Fernando Capez:

(...) o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para sua atuação, da provocação de quem quer que seja podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e sigiloso, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹²

Tourinho Filho:

O inquérito também é inquisitivo. Fácil constatar-se-lhe esse caráter. Se a Autoridade Policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provação de quem quer que seja (salvamente algumas exceções) [...] se tem poderes para empreender, com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias à elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir que sejam ouvidas tais ou quais testemunhas nem tem direito, diante da Autoridade Policial, às diligências que, por acaso, julgue necessárias, mas simplesmente, pode requerer a realização de diligências e ouvida de testemunhas, ficando, contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da Autoridade Policial, nos termos do art. 14 do CPP (salvo em se tratando de exame de corpo de delito ou de diligência imprescindível ao esclarecimento da verdade, ficando esta última a juízo da autoridade, nos termos do art. 187 do CPP).¹³

Sendo assim caracteriza inquisitivo por ser um procedimento em que suas atividades persecutórias estão nas mãos de uma única autoridade, podendo e devendo agir de ofício, fazendo todos os meios necessários e legais para o esclarecimento do crime e de sua autoria. O delegado tem certa liberdade para conduzir a investigação, porém deve fazer isso de acordo com a lei e sempre a observando, para que não possa a vim acontecer abuso de poder.

¹¹ RODRIGUES, Cristiano;TÁVORA, Nestor. **Código Penal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.397.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 119

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva 2003.p 207

1.1.2 Valor Probatório

O inquérito policial tem o conteúdo informativo, uma vez colhida às provas e todas as diligências, passa a ter um grande valor probatório, pois irar fornecer ao Ministério Público e ao ofendido todos os elementos necessários para a ação penal, muito embora possua seu valor probatório relativo, tendo em vista que não pode o juiz basear apenas nas informações do inquérito.

Ressalta nesse sentido Fernando Capez:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹⁴

Mesmo que a obtenção de provas na fase onde se admite contraditório e ampla defesa são maiores, não se pode negar ao inquérito policial seu devido valor como peça que integra com a finalidade de uma verdade real.

A questão fundamental é: Pode o juiz condenar o réu com base nas provas colhidas durante a elaboração do Inquérito Policial pela Polícia Judiciária, “já que possui natureza administrativa de cunho informativo, em que os princípios do contraditório e ampla defesa são, de certa, forma mitigados, fazendo uso do princípio da livre apreciação da prova? Tais provas devem ser absolutamente desvalorizadas, devendo ser todas refeitas em juízo sob o crivo dos princípios apontados?”.

Assim explica Rangel:

[...] É cediço que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas (cf. Art. 155 do CPP, com redação da Lei 11.690/08), não podendo ser criada nenhuma regra de imposição sobre a apuração e descoberta da verdade, senão a prevista dentro dos limites da prova (cf. Arts. 5º, LVI, da CRFB c/c 155 do CPP). Porém, a valoração dos elementos colhidos na fase do inquérito somente poderá ser feita se em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, pois, sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo. O inquérito, assim, é um suporte probatório sobre o qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público, [...] A lei veda, expressamente, que o juiz condene o réu com base apenas nas provas (rectius= informações) colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que as elas sejam corroboradas no curso do processo judicial, sob o crivo do contraditório, pois a “instrução” policial ocorreu sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente.¹⁵

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. 10º ed. Saraiva. 2003, p118.

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 75-76.

Tanto a doutrina como jurisprudência sustenta que o juiz não pode basear-se nas provas do inquérito policial por não se submeter ao contraditório, por ser sigiloso e inquisitivo. Mas vale ressaltar a prova pericial que não pode ser repetida em juízo, dada sua natureza, mas que é de suma importância.

Neste sentido Muccio:

A prova pericial, portanto, feita na fase inquisitorial por órgão oficial do Estado, sendo de natureza técnica, tem plena validade, muito embora possa ser infirmada por outra prova, inclusive por outro laudo. Mas, ainda que possível, não será refeita na fase judicial, haja vista seu caráter definitivo, salvo na existência de motivo forte que deixa dúvida quanto à sua autenticidade ou às conclusões a que chegaram os peritos.¹⁶

Com relação à reforma introduzida pela Lei n.º 11.690/2008 posiciona-se Muccio :

O art. 155 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Pela nova ordem legal, portanto, não está o juiz impedido de decidir pela condenação do acusado tão somente com a prova do inquérito policial (elementos informativos colhidos na investigação), desde que essa prova tenha a natureza de cautelar, não repetível, antecipada, e seja bastante para confirmar a autoria e a materialidade.¹⁷

Contrariamente ao posicionamento de que provas produzidas durante a investigação preliminar, em sede de inquérito policial possam ser utilizadas no processo penal com fim condenatório, Lopes Jr. é enfático: “Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção jurisdicional, tenham valor probatório na sentença”.¹⁸

Como regra geral, pode-se afirmar que o valor dos elementos colhidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não-processo (arquivamento). Também se impõe esta conclusão se considerarmos que é inviável pretender transferir para o inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, da mesma forma que não se pode tolerar uma condenação baseada em um procedimento sem as mínimas garantias. [...] seguindo os fundamentos anteriores expostos, os elementos fornecidos

¹⁶ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000, p 205.

¹⁷ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000, p 207.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Pena: E Sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.295.

pelo inquérito policial têm valor de meros atos de investigação, não servindo para justificar um juízo condenatório.¹⁹

A nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, vai assumir o sistema de apreciação de provas, que é o livre convencimento motivado. Com a reforma o que difere o art. 155 é o reconhecimento de que a prova para ser utilizada deve obrigatoriamente garantir o contraditório, ao falar em contraditório judicial, é a prova produzida com participação das partes no processo penal.

Para Eugênio Pacelli:

Contudo, a nova redação ressalta que a prova produzida no inquérito policial ou em outro procedimento investigatório prévio não poderá “sozinha” sustentar uma decisão condenatória. A ressalva da prova produzida no inquérito ser utilizada na condenação, desde que “auxiliadas” pelas demais provas produzidas em contraditório no processo, já era o entendimento consolidado na doutrina brasileira.²⁰

Quando se referir à prova cautelar, produzidas antecipadamente, essa prova será admitida no processo pelo art.156,§1º, dada pela Lei nº 11.690/08, quando forem irrepetíveis e urgentes. Apesar de uma crítica ao sistema o doutrinador Aury Lopes, mostra-se ser cauteloso em relação às provas que, face às peculiaridades, venham ser colhidas na fase inquisitorial, sem a possibilidade de repetição em juízo, assim afirma:

Partindo da compreensão de que as regras do devido processo penal exigem que o julgamento recaia sobre “provas” e que, somente são considerados atos de prova aqueles praticados em juízo, é imprescindível tratar da produção antecipada de provas. Frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos na investigação preliminar, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente essa prova, através de um incidente. Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido com mero ato de investigação, e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova, poderá ser realizado de uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o status de ato de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual²¹

As medidas cautelares, mas conhecidas que visam à produção de provas é a busca e apreensão, a interceptação telefônica, o acesso a movimentação bancária indispensável para apuração de crime. Todas elas já possuem lei específica, com determinação explícita de suas hipóteses de aplicação.

Ainda explica Aury Lopes, que:

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.296.

²⁰ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p190.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: E sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p 594.

Feita essa ressalva, pensamos que o incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos (mas nunca de ofício pelo juiz), em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Ademais, para justificá-la, deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa. Em síntese, são requisitos básicos: a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença; b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova.²²

Como se observa a questão da valoração dos atos produzidos durante o inquérito policial é controvertida, pois pensadores como Muccio, posicionam que, havendo harmonia no conjunto probatório colhido na fase pré-processual com a processual, pode o magistrado condenar com base numa prova produzida em sede de Inquérito. Tais doutrinadores criticam o posicionamento garantista extremado de outros²³.

Por outro lado, existem os que não aceitam, de forma alguma, que provas produzidas pela autoridade administrativa fundamentem uma decisão condenatória, referindo que estas têm valor apenas como atos informativos e nada mais. Aury Lopes Jr. defende, por exemplo:

Que quando houver necessidade de produção probatória, que não poderá ser refeita no decorrer do processo, este deverá ser realizado por meio de um incidente de produção antecipada da prova, o qual será submetida aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.²⁴

Sendo assim, a nova lei amplia ainda mais a atuação judicial na fase pré-processual e aumenta a possibilidade da prova produzida no inquérito policial ser utilizada no final do processo como embasamento único de uma sentença condenatória.

Visto que como modelo constitucional do processo penal as provas devem ser produzidas em contraditório, ou seja, as provas produzidas antes do processo deveram ser produzidas em contraditório, pois não se deve esperar que se iniciem um processo para garantir a ampla defesa ao acusado, pois a assistência ao advogado ao investigado já é garantido desde a fase do inquérito, bem como já assegurado a defesa as provas produzidas definitivamente no inquérito.

²² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: E sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p 595.

²³ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.p.76.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: E sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p 595.

1.2 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para maior compreensão do sistema processual penal, define Paulo Rangel. [...] conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso.²⁵

Na história do direito o processo penal durante a evolução histórica sofreu mudanças em seu sistema, tornando o processo penal uma lógica de princípios e regras que regem cada caso conforme sua particularidade. Assim o processo penal mostrou três sistemas, sendo eles acusatório, inquisitivo e o misto, cada uma com suas características.

Os sistemas processuais se identificam com um princípio básico, unificador, que demonstram constitucionalmente qual modelo deve ser seguido, sendo que já não mais existam sistemas puros, assim afirma Aury Lopes:

A questão é a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.²⁶

Entretanto como o procedimento do processo deve garantir ao acusado uma garantia, e para melhor entendimento da pesquisa os sistemas processuais devem ser estudados separadamente, para se observar qual o princípio unificador deles, e qual deles tem mais adequação com a Constituição.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 43.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. vol 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56.

1.2.1 - Inquisitório

O sistema inquisitivo, a mudança para tal sistema iniciou-se com a possibilidade de junto ao sistema acusatório, poder existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante e delito. Esse sistema foi inicialmente adotado pela igreja, foi imposto de tal forma que os legisladores da época adotaram e não somente para os delitos em flagrante, mas para todos os tipos de delitos.

O sistema inquisitivo muda radicalmente a fisionomia do processo, o que era algo leal e franco entre acusador e acusado, acaba virando uma disputa desigual entre juiz inquisidor e acusado, sustenta Aury Lopes Junior:

O primeiro abandona sua posição de arbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.²⁷

No sistema inquisitivo a função de acusar, defender e julgar reuniu-se em uma só figura, que assim torna-se o juiz inquisidor, a ação iniciava-se de ofício pelo juiz e não havendo assim o contraditório. Por fim o sistema inquisitivo vigora um o princípio da autoridade, para alguns doutrinadores estes sistemas por possuir as características acima apontadas passa a ser até incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Esse sistema é sigiloso e escrito, o acusado era tratado como mero objeto de perseguição, sendo assim freqüente as praticas de torturas para que se pudesse obter uma confissão. O inquisidor era aquele que acusava e julgava, ao realizar as investigações, tornando se totalmente parcial, pois colhia provas para seu próprio convencimento, para José Malcher:

No processo inquisitivo o inquisidor não busca convencer, ou ser convencido; busca na realidade convencer os outros de uma convicção íntima já formada. Não há, assim, no processo um julgamento; o que ocorre nele é um pré – julgamento, exercido por uma das partes.²⁸

Pode se observar que nesse sistema, não existe os princípios constitucionais para o devido processo legal, por não estar às partes em mesmo plano de igualdade, não lhes restando então às garantias fundamentais, no processo penal

²⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**. vol. 1 7. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris. p.63.

²⁸ MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Forense.p.55.

brasileiro esse sistema é admitido no inquérito policial, ferindo assim o art. 5º, LV. Da Constituição Federal.

1.2.2- Acusatório

A origem do sistema acusatório vem do Direito grego, onde existia a participação direta do povo na acusação e no julgamento, era um sistema onde a ação popular para os delitos graves era de acusação de qualquer pessoa do povo, e a acusação privada para os delitos menos graves.

Surgem no direito romano as duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era de responsabilidade do órgão estatal, eram outorgados ao magistrado maiores poderes de decisão, podendo este esclarecer os fatos da forma que melhor entendesse. Entre tanto com passar dos séculos esse procedimento passou a ser considerado como insuficiente com poucas garantias especialmente no que se refere às mulheres.

Na *accusatio*, a acusação era feita por um cidadão do povo, surgindo no último século trouxe uma inovação no Direito Processual romano, pois o órgão de acusação era distinta do juiz, não pertencia ao estado e sim uma representação coletiva. Esse método também não foi muito eficaz pois dava aos cidadãos que possuía ambição política a oportunidade de declarar sua arte política.

Mas com o tempo o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente a necessidade de repressão dos delitos, sendo também um meio fácil de possibilitar a intenção de vingança, por meio de oficiais públicos que exerciam o papel de investigador.

A respeito pensa Aury Lopes:

A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar.²⁹

Sendo que os juízes começaram a agir de ofício, sem que tivesse alguma acusação formal, eles mesmos investigavam e posteriormente davam a sentença. É importante ressaltar que o principal crítica que se fez e se faz até hoje ao modelo

²⁹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**, vol.1. 7.ed. Rio De Janeiro:Lumen Juris. p.60.

acusatório vem sendo a inércia do juiz, pois este deve se sujeitar as conseqüências de uma atividade incompleta das partes, tendo como base um material defeituoso que é lhe fornecido. O modelo acusatório é o impõe o moderno processo penal, diante da atual estrutura social e política do estado.

Se no sistema inquisitivo a defesa era vista como impedimento ao desenvolvimento do processo, no sistema acusatório o oposto se estabelece e a defesa é indispensável para o curso do procedimento condenatório, a igualdade entre as partes, defesa e acusação é o que ira proporcionar uma decisão imparcial.

A Constituição, até mesmo, elevou o advogado e a defensoria pública à condição de sujeitos indispensáveis à administração da justiça, nos exatos termos dos arts. 133 e 134, respectivamente. Corroborando com esta idéia, o STF, por meio da súmula 523, dispôs que a ausência de advogado gera nulidade absoluta no processo³⁰. Essa defesa compreende o aspecto técnico, exercida por um profissional do direito, e a autodefesa se traduz na versão do acusado acerca dos fatos deduzidos em juízo.

Por fim esse sistema foi ganhando forças após a revolução francesa, tendo sido introduzida definitivamente na França e na Inglaterra, esse sistema figura tanto politicamente como judicialmente em alguns países americanos e europeus, o direito brasileiro é dos países que adota o sistema acusatório no processo penal.

1.2.3 Sistema Misto

Com a falta de êxito da inquisição e do modelo acusatório, o Estado vem mantendo a responsabilidade do poder de penar, e já não mais poderia deixar na responsabilidade de particulares essa função. Sendo que nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas com a figura de um terceiro distinto do juiz.

Nasce então a figura do Ministério Público, que ajuda a garantir a imparcialidade do juiz. Sendo assim a doutrina clássica traz tal inovação como “sistema misto”, afirmando então que os sistemas puros seriam somente modelos históricos e não tem correspondência com os atuais.

³⁰ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 254.

A classificação em sistema misto dar-se por serem duas fases, pré-processual e processual, sendo inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual.

O sistema misto pode ser observado como um conjunto de regras e princípios constitucionais, que de acordo com o momento político do Estado, que estabelece a direção para aplicação no caso concreto.

Para alguns o sistema misto é conhecido como sistema Francês, por propor uma solução intermediária entre o inquisitivo e o acusatório, sendo o mais adequado na defesa dos direitos humanos.

Historicamente falando o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema foi o Francês em 1808, posteriormente difundisse em todo o mundo e vem sendo o mais utilizado, nessa mesma linha o sistema misto seria uma separação entre o acusar e julgar.

Aury Lopes Junior, citando Coutinho, cristaliza que o sistema misto é “um monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, a retórica e contra-ataques”³¹.

E ainda destaca o autor Aury Lopes que:

Este formato sistema misto não pode nem ser considerado como um sistema, mas um amontanhado de regras de dois sistemas distintos, pecando pela ausência de um princípio informador, porque basta imunizar a prova inquisitorial com um belo discurso que o problema está resolvido, afinal, se “serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia”³²

O ponto de identificação para um sistema é a gestão da prova, uma vez que no sistema acusatório o que predomina é a gestão probatória, e o princípio que dispõe as partes de produzirem a material probatório, já o sistema inquisitivo onde a gestão das provas fica a cargo do inquisidor, por vigorar o princípio inquisitivo. Para Coutinho:

Dito em outras palavras, “não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema”, porque não há um elemento unificador nele. O sistema nunca será misto, isso porque ou ele é inquisitório (como mitigações acusatória) ou ele é acusatório com elementos (secundários) inquisitórios.³³

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. vol 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.68.

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.68

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 03.

O Brasil é indiscutivelmente um estado democrático, mas para alguns doutrinadores, adotaria o processo penal misto, mas muito se é discutido acerca do sistema vigente no Brasil, por se notar incompatibilidades existentes entre o código de processo penal e a Constituição de 1988.

O importante saber que nos sistemas processuais seja ele inquisitório e acusatório dependeria do modelo político do Estado, ou seja, quanto mais autoritário, mas se aproxima do inquisitivo sendo assim menos garantia teria o réu, por outro lado quanto mais democrático, mas garantia terá o réu e mais perto do sistema acusatório.

1.2.4- Sistema processual adotado no Brasil

Embora a doutrina brasileira costume referir ao sistema processual brasileiro como misto, existe posições nas quais se referem à fase investigativa. Sendo que a definição de sistema processual se limita a processo, onde se atua o juiz, assim que o inquérito policial não é um processo.

Assim explica Eugenio Pacelli:

(...) o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram a exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto. Com efeito, não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexada a ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação do devido processo legal. É por isso que se exige, também, que toda decisão judicial seja necessariamente fundamentada (art.93, IX, CF).³⁴

Percebe-se que no sistema brasileiro, a iniciativa da ação penal fica a cargo do Ministério Público conforme dispõe o art. 129, inc. I da Constituição Federal, embora em alguns casos a iniciativa da ação penal seja do ofendido ou esteja condicionada a representação, nos termos do art. 5, inc. LIX83 da Constituição Federal. Sendo assim começa a nascer o sistema acusatório, sendo que o juiz deverá se comportar como telespectador, deixando a iniciativa da ação penal ao órgão do ministério público, não desempenhando a função de acusar.

³⁴ PACELLI, Eugenio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p.98.

Mas podemos destacar a iniciativa da ação penal, o inquérito policial, sendo necessária para propositura da ação penal, com o objetivo de dar justa causa a ação penal, as investigações preliminares evitam ações incoerentes, sem fundamentos, pois tem o inquérito policial a finalidade de reunir indícios suficientes de autoria e materialidade. O Código Penal admitiu que o inquérito pudesse ser requisitado pelo magistrado, permite o magistrado remeter ao Ministério Público quando possuir existência de um crime de ação penal pública.

“Evidente que esse dispositivo não deverá ser recepcionado pela constituição. Como pode o magistrado requisitar a instauração do inquérito policial, devendo, na maioria dos casos, tornarem-se prevento para ação penal, de acordo com o art. 83 do Código de Processo Penal?” ³⁵Estaria o juiz então dizendo que investiguem e logo após seja oferecida a denúncia para que ele possa com toda certeza condenar, afastando assim a imparcialidade, não estando de acordo com a constituição que se sobrepõe diante das demais normas.

Se a constituição garante o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, vedação da provas ilícitas, a razoabilidade do processo e a presunção de inocência, fica claro que não se trata de um sistema inquisitivo ou misto, com tantas garantias fundamentais.

Podendo então afirma que no atual sistema brasileiro adotado pela Constituição é o sistema acusatório. Isso porque, em suma, a funções de acusar e julgar pertence a órgãos distintos. Além disso, no Brasil, nota-se que vigora um sistema garantido pelos princípios constitucionais vigentes, como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e a imparcialidade do juiz. Havendo assim uma reforma parcial no Código de Processo Penal, onde se admite a critica que é preciso adequar as modificações processuais penais ao modelo constitucional de processo, tendo como base a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais.

A noção de sistema processual e de processo como garantia tem como base a Constituição, sendo dependente dos direitos fundamentais, sendo que, o que sustenta a ideia de processo como garantia são os princípios constitucionais definido

³⁵ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.54.

na Constituição, sendo esses princípios estudados no próximo capítulo, e todas as garantias de um sistema processual penal constitucional.

CAPÍTULO 2 - OS PRINCÍPIO DO PROCESSO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTITUIÇÃO E NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 - TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são um ponto de partida para se interpretar as normas jurídicas, e para que seja compreendida o contraditório e ampla defesa de maneira mais adequada.

Os princípios se diferem da regras, sendo que as regras é uma forma de ditar os resultados elas definem um comportamento, os deveres. Já os princípios estabelecem padrões a serem observados, dando um equilíbrio na decisão que virar a ser tomada.

Em suma as regras controlam as condutas sejam elas positivas ou negativas, já os princípios são normas que não indicam ação ou omissão, mas ajudam em um resultado jurídico relevante.

Neste sentido Canotilho que pensa da seguinte forma:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.³⁶

Embora existam teses que questione a respeito da resposta correta, por se tratar de um sistema jurídico complexo e também aberta, o direito não se limita a uma visão única, e sim a uma possibilidade de interpretações, existindo varias soluções a cada caso concreto, sendo possível o leitor da lei fazer interpretações que mais aproximar da justiça.

São os princípios que estabelecem uma seqüência ao direito dando a ele um sentido lógico e necessário para suprir as necessidades da sociedade. Os princípios normalmente são utilizados nos espaços onde a lei se omitiu onde existem falhas, que são denominadas a lacuna da lei.

O processo penal como outros ramos jurídicos, possui uma serie de princípios que ajudam a boa aplicação da norma, estes princípios podem aparecer de forma

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998, p.123.

expressa ou de forma implícita, os princípios aparecem de acordo com as necessidades sociais, e vai enquanto existir sociedade.

A seguir alguns princípios básicos constitucionais que regem o Processo Penal Brasileiro, princípios esses que também são encontrados de na fase pré - processual que sustentam a possibilidade de uma processualização do inquérito, por caminharem de conformidade para tal hipótese.

2.2 - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência ou não – culpabilidade, é que ninguém será considerado culpado antes do trânsito e julgado de sentença penal condenatória, sendo assim a inocência é presumida cabendo então ao órgão acusador de provar a culpa.

No Brasil o princípio da presunção de inocência esta expressamente previsto no Art.5º, LVII da Constituição Federal, sendo um principio reitor do processo penal.

Assim afirma Amilton Carvalho, sobre a relevância de tal principio:

O princípio da presunção de inocência não precisa ser positivado em lugar nenhum é “pressuposto”-para seguir Eros-, neste momento histórico da condição humana.³⁷

Pode se notar que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e sim de segurança, partindo do ponto de vista que sendo assim o tratamento processual do acusado seja de que o juiz não poderá tratá-lo negativamente como “culpado”, mas tratá-lo positivamente como “inocente”. Sendo que essa garantia só será mantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe cabe provar nada, essa presunção deve ser quebrada pela acusação sem que o acusado tenha o dever de contribuir para essa quebra, sendo que a acusação tem a obrigação de juntar provas e hipóteses, sendo que a defesa tem o direito de contradizer.

³⁷ Carvalho, Amilton Bueno. **Escrito de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.p.51.

Ao lado da presunção de inocência pode se observar o *In dúbio pro reo*, sendo que para o processo penal prevalece à comprovação de autoria e materialidade, não podendo ser confirmada a absolvição é imperativa.

Assim afirma Aury Lopes Junior:

Devemos destacar que a primeira parte do art. 156 do CPP deve ser lida a luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que “a prova de alegação incumbira a quem a fizer”. Mas a primeira (é principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para autoria e materialidade: logo, incumbi ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.³⁸

Este princípio não é um mero benefício aos acusados, mas passa a ser uma forma de proteção aos inocentes, que em quanto acusado, e não tendo culpa poderia estar preso, aguardando a justiça reconhecer sua inocência, no contraditório.

Então cabe ao Estado ter maior agilidade em solucionar as lides, para que não precise prender os inocentes e deixar livres os culpados devidos seu estado de inocência.

Assim sedo pode-se concluir que o princípio da presunção de inocência deve ser parte do Estado Democrático de Direito, onde se sabe que todos são iguais perante a lei, sendo que no caso de dúvidas em relação aos fatos e provas, a decisão caminhe sempre em sentido ao benefício do réu, como expressão alguns princípios básicos do direito preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

Desta forma a presunção de inocência vai além da regra probatória e alcançar um tratamento de garantia ao imputado em qualquer fase processual. Inclusive na fase das investigações, pois havendo dúvidas e provas insuficientes, prevalece o *in dúbio pro reo* a favor do indiciado.

³⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.190.

2.3- PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O princípio do devido processo legal esta assegurado no art.5º, LIV, da Constituição Federal, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." E ainda no Pacto de São José da Costa Rica, o devido processo legal é assegurado no art. 8º:

Art. 8º – “Garantias judiciais”

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.³⁹

Do princípio do devido processo legal decorrem os outros princípios e garantias, independente do ramo do direito ele é a base legal para aplicação dos outros princípios, como por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, entre outros.

São garantias que decorrem do princípio do devido processo legal: Não identificação criminal de quem é civilmente identificado (inciso LVIII, da Constituição 1988, regulamentada pela Lei nº 10.054/00); Prisão só será realizada em flagrante ou por ordem judicial (inciso LVI, Constituição/88), que importou em não recepção da prisão administrativa prevista nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal; Relaxamento da prisão ilegal (inciso LXV, Constituição/88); Comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à família do preso (inciso LXII, Constituição de 1988); Direito ao silêncio, bem como, a assistência jurídica e familiar ao acusado (inciso LXIII, Constituição/88); Identificação dos responsáveis pela prisão e/ou pelo interrogatório policial (inciso LXIV, Constituição de 1988); Direito de não ser levado à prisão quando admitida liberdade provisória, com ou sem o pagamento de fiança (inciso LXVI, Constituição/88); Impossibilidade de prisão civil, observadas as exceções dispostas no texto constitucional (LXVII Constituição/88).

Afirma Alexandre de Moraes, que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-

³⁹ BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrument>. Acesso em 25 de maio de 2015.

persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁴⁰

E como base do devido processo legal, temos a ampla defesa e o contraditório, princípios esses que serão estudados na seqüência, sendo que a ampla defesa consiste em assegurar que o réu tenha condição de trazer para o processo todos os elementos que esclareçam a verdade, já o contraditório é a própria manifestação da defesa.

A Constituição Federal no art. 5º LV vem expressamente o princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurando assim a plenitude de defesa aos litigantes em processo judicial criminal, civil, procedimento administrativo, inclusive nos militares, ou seja, aos acusados em gerais.

Por ampla defesa se entende que seja assegurada ao réu a possibilidade de trazer todos os elementos que tende a esclarecer a verdade, se necessário, enquanto o contraditório é a própria manifestação da ampla defesa, pois a todo ato produzido poderá a outra parte opor.

Alexandre de Moraes afirma que:

A tutela jurisdicional efetiva supõe o escrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previsto no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de tramites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando o asseguramento de justa e imparcial decisão.⁴¹

Podemos observa que a ampla defesa não é só uma garantia processual, e sim uma garantia fundamental prevista na nossa Constituição Federal.

Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma: “Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário”.⁴²

Diz referido art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e, geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".⁴³

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999, p112.

⁴¹ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, 10. ed. São Paulo:Atlas,2013. P.328.

⁴² MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.118.

⁴³ RODRIGUES, TAVOR, Cristiano, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.14.

Por isso não há dúvidas em relação à defesa técnica, e também pode se observar que a lei 10.792/03 não deixa nenhuma margem de dúvidas, o interrogatório é meio de defesa, incluindo a autodefesa sem que essa o traga prejuízo, o direito de permanecer em silêncio não pode ser considerado como uma defesa negativa.

Neste sentido prevê o art. 186 do CPP:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

“Parágrafo único: O silêncio que não importara em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.⁴⁴

A ampla defesa tem uma grande necessidade de defesa técnica no processo, para garantir a parte um equilíbrio processual, que seria um possível gerador de desigualdade e injustiça, sendo assim o contraditório exige uma igualdade entre as partes no processo, estendendo à mesma possibilidade de alegações, provas e impugnação as partes.

Nesse sentido afirma Smanio que “para atingir sua finalidade de solucionar conflitos de natureza penal, os sujeitos processuais parciais devem ser tratados com igualdade em todo desenrola do processo⁴⁵”.

Ainda dentro de ampla defesa, também está o direito constitucionalmente previsto que o imputado tem o direito de saber a qual acusação dará início ao processo, e também a narrativa dos fatos que a ele foi atribuído.

A respeito da defesa técnica, o defensor só deve atuar dentro da legalidade, para evitar infrações da lei e injustiças contra seu cliente, a respeito afirma Aury Lopes Junior:

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle de atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e a justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando-se para sua melhor consecução. Esta intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido⁴⁶.

⁴⁴ RODRIGUES, TÁVORA, Cristiano, Nestor. **Código Penal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.407.

⁴⁵ ESMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo:Atlas,1997.p.34.

⁴⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. ed, Rio de Janeiro:Lumen Juris,2009. p.246.

Além da defesa técnica existe a defesa pessoal ou a autodefesa, que pode se manifestar de variadas formas, seja no interrogatório policial ou judicial o seu momento de aparição, pois é neste momento que o imputado tem a oportunidade de atuar de forma direta, mostrando assim seus motivos, negativas, justificativas do fato que a ele foi imputado.

Sendo também possível a total omissão, ou seja, uma defesa negativa, sendo que poderá se negar a declara como também negar a fornecer qualquer contribuição para atividades probatórias realizadas pela investigação dos órgãos estatais, como por exemplo: reconstituição dos fatos ou declaração por escrito para realização de exame grafotécnico etc.

Neste sentido Aury Lopes Junior:

Também a auto defesa negativa reflete a indisponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A auto defesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.⁴⁷

No que tange ao princípio do contraditório previsto no Art. 5º da Constituição Federal, também é de suma importância principalmente no processo penal, por ser ele inerente a outros princípios indispensáveis, sendo eles o princípio da igualdade ou isonomia entre as partes e o devido processo legal, sendo assim esses princípios trazem todas as garantias processuais.

O Art. 5º LV, da Constituição Federal assim dispõe: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes*”⁴⁸.

Em um análise a primeira parte constitucional, entende-se que é assegurado ao inquérito policial o contraditório, por se tratar de peça administrativa, onde acontece de ato litígio, interesses distintos, devendo assim ser aplicado tal princípio, pois segundo a constituição as partes devem estar no mesmo plano de igualdade.

Aury Lopes Junior Afirma que “O contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no inter procedimental”⁴⁹.

⁴⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.238.

⁴⁸ RODRIGUES, TAVOR, Cristiano, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.14.

Assim sendo o contraditório é o direito de ser informado, de participar e ter um conhecimento amplo da acusação, não podendo haver nenhum segredo com a defesa, sendo motivo de violação do contraditório, sendo ele assegurado constitucionalmente, sendo o contraditório consagrado na Constituição Federal, qualquer dispositivo de lei que contrarie deverá ser considerado inconstitucional.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, tornando-se um dos colares devidos do devido processo legal, esse são uns dos direitos que assegura a igualdade das partes, a ausência de contraditório na persecução penal torna-se uma violência, pois os réus acabam se tornando indefesos, assim infringindo sua dignidade.

Para Eugenio Pacelli:

O contraditório é um dos princípios, mas caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisitos de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.⁵⁰

Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado.

É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado, dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

2.4 - O PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988 E A CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O Processo Penal tem ligações com a Constituição, sendo que nela se estabelece os princípios nas quais deveram ser seguidos, em geral os princípios não possuem força de norma, por este motivo não poderão ser aplicados por si só, eles apenas direcionam juridicamente para que uma norma possa ser aplicada.

Para que na maioria dos casos os princípios precisam de uma norma positivada para eu o Estado possa exercer sua autoridade jurisdicional.

⁴⁹ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4.ed.Rio de Janeiro:Lumen Juris,2006.p.232.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 33.

Em outras situações os princípios já funcionem como uma norma, exemplo é o contraditório e a ampla defesa, que já está na Constituição, como norma fundamental.

A função do processo vai além da aplicação do Direito Penal, mas ele é o instrumento que efetiva o acesso a justiça.

O Processo Penal assegura a aplicação dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal, sendo que nenhuma regra processual pode estar diversa da regra constitucional.

Além da legislação interna, existe a legislação que incorpora nossa legislação e adquire validade normativa, como o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que também é conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, é um dos documentos mais importante que consagra os direitos e garantias.

Enfim a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos trazem uma series de direitos e garantias para o réu no processo penal, quando não observados ocasionam uma serie de problemas na atuação do judiciário.

Sendo assim o processo penal passa da simples função de instrumento de aplicação do direito de punir do Estado, através das normas penais, e passa a ser um meio de grande importância para a realização dos direitos e garantias do réu no curso da ação penal.

Dentre o modelo constitucional do processo, pode-se apropriar da noção que teve Andolina e Vignera (1997), no processo italiano, mas que visa um processo totalmente constitucional fundada nos princípios do processo, por ser garantias fundamentais do sujeito de direito.

Para Andolina e Vignera, o modelo constitucional de processo é “um esquema geral de processo” ⁵¹que possui três características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa se expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade como esquema geral do processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de características específicas de um determinado microssistema, desde conformidade com a base constitucional, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar e definir novos institutos por meio de processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral.

⁵¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(RE) FORMA do Processo Penal**. 2.ed.Belo Horizonte:Del Rey,2009.p.17.

A noção de modelo constitucional de processo tem como pontos iniciais a compreensão dos princípios do contraditório, ampla defesa, o da fundamentação de decisões e o da participação de um terceiro imparcial, não é somente a diferença entre procedimento, no sentido de uma sucessão de atos e fases processuais, mas sim perceber que todo processo tenha como base os princípios fundamentais.

Ressalta Flaviane de Magalhães, que:

Vê-se que a própria Constituição trata o processo penal como um microsistema. Entretanto, suas garantias específicas, por si só, não excluem ou restringem a base principiológica uníssona do processo, visto como garantia constitucional. Logo, no que se refere a reforma do processo penal, não se pode, em nome da especificidade desse processo, desconsiderar o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o do terceiro imparcial e o da fundamentação das decisões. Por isso, vale a pena revisar os referidos princípios para refletirmos sobre sua aplicação na reforma, justamente visando a consolidação da proposição da base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo, sem se desconsiderar a especificidade do processo penal.⁵²

Por fim para que não vejamos o processo penal brasileiro andar para trás, com suas garantias reduzidas, é necessário interpretar de forma ampla a partir do entendimento do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, onde no processo penal, de um modo específico deve ser levado a sério o direito do sujeito, por se tratar da liberdade do cidadão e não só de ir e vir, mas liberdade psicológica, para reforçar tais garantias que se encontra amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual será estudada na sequência.

2.5 - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo sido aprovada no Brasil em 25 de setembro de 1992, e promulgada em novembro do mesmo ano.

Baseados na Declaração Universal de Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isentam de temor e da miséria e sob condições que

⁵² BARROS. Flaviane de Magalhoes. **(RE)FORMA do Processo Penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.17.

permitam o indivíduo de gozar dos seus direitos culturais, econômicos e sociais, bem como os civis e políticos.

É composto por 81 artigos que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito a vida, a saúde, a liberdade, a dignidade, educação e entre outros.

A partir da emenda constitucional nº45/2004, os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e equiparados a normas constitucionais.

Vale ressaltar que diferente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto São José da Costa Rica não tem somente normas de caráter material, mas também prevê órgãos de competência para os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados.

Sendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo a finalidade de julgar casos de violação de Direitos Humanos nos países que integram Organização dos Estados Americanos (OEA) que reconheçam sua competência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes eleitos pela assembléia geral da OEA, entre ser autoridade moral e que tenha um enorme conhecimento de Direitos Humanos, os nomes são propostos pelos Estados membros.

No caso do Brasil, foi em 1998 que se passou a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sendo a corte um órgão judicial autônomo, com sede em Costa Rica, cujo seu único propósito seja aplicar e interpretar os direitos humanos nos Estados que os tenha violado.

Como exemplo disso tem o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que inconformada com as agressões e ainda mais com impunidade de seu marido, denunciou o Brasil na Comissão ligada a Organização dos Estados Americanos, após a denúncia ter sido formalizada a EOA, o caso ganhou repercussão internacional, sendo que no âmbito nacional levou ao congresso a aprovar a Lei 11.340/2006 denominada Lei Maria da Penha, que prevê aos agressores de mulheres em âmbito doméstico penas mais rigorosas.

É certo que o Pacto de San José da Costa Rica, possui eficácia em território nacional, como norma supra legal, devido à forma de sua aprovação, e por conceder mais garantia, ainda que o texto constitucional autorize determinadas medidas e o

pacto as vede, permanecerá o pacto, como o texto constitucional prevê um dos seus princípios é a proteção aos direitos humanos.

Sendo a Convenção Americana de direitos Humanos de grande valia para nosso estudo porque nela também se consagra o princípio da ampla defesa e do contraditório, e nos dando margens para maior asseguramento desses princípios e melhor desenvolvimento do processo penal, e aproximando mais as garantias fundamentais e constitucionais, como serão demonstrados no tópico seguinte.

2.6- DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO

Os direitos fundamentais basicamente são a fusão de diversas fontes, desde tradições de civilizações a uma conjugação de pensamentos filosóficos - jurídicos, que passam de ideias surgidas do cristianismo com o direito natural. Ideias estas que partem do ponto de vista de limitar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades, e a defesa dos princípios básicos como igualdade, legalidade e etc.

Para Alexandre de Moraes:

Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia do constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.⁵³

Os direitos humanos estão consolidados na Constituição Federal na parte que trata os princípios fundamentais, vindo a ser encontrada a evolução dos direitos humanos.

Já a própria Constituição, em seu texto original, fala, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, nem os tratados internacionais na qual o Brasil seja parte.

O Direito constitucional é um ramo do direito público sendo fundamental para que um Estado seja organizado e funcione corretamente, pode se observar que a própria constituição, é elaborada para exercer garantia e direção.

Canotilho define constitucionalismo como:

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da

⁵³ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.1.

organização político – social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. ⁵⁴

Existem doutrinadores que vislumbra tanto de uma perspectiva jurídica como sociológica, sendo que partindo da idéia de que todo Estado deva ter uma Constituição, a de perceber que os textos constitucionais contem regras que limitam o poder autoritário e prevalecem os direitos fundamentais, saindo assim de uma visão de regime antigo de autoritarismo.

Os Direitos Fundamentais, definidos como os Direitos Humanos recepcionados na Constituição Federal, desde o mais elementar deles, a vida, até aqueles ainda não positivados, mas que estiver assegurado pela Constituição é tido como necessários à garantia da Dignidade da Pessoa Humana. A Constituição é a norma maior para onde todas as outras devem convergir, pois nela se adéqua o caso concreto, uma vez que constitui elementos valorativos essenciais, sendo sempre necessária na melhor aplicação do direito.

⁵⁴ GOMES, Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.7.ed. Coimbra:Almeida,1998.p.51.

CAPÍTULO 3- PROCESSUALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 - DA POSSIBILIDADE DA PROCESSUALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Como já visto neste trabalho o inquérito policial é uma peça presidida pela autoridade policial, que tem caráter preparatório e informativo e possui o objetivo obter provas para comprovação de um fato criminoso, consiste na apuração dos indícios de autoria e materialidade. O inquérito policial também serve como embasamento da *opino delict* para que posteriormente acarrete ou não no oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público.

Existem algumas discussões a respeito do inquérito policial, para alguns doutrinadores ele é um procedimento inútil que merecia ser extinto, alegando que as provas recolhidas no inquérito policial são relativas necessitando ser confirmadas em juízo para sua validade. Por outro lado da discussão o inquérito é um procedimento fundamental, pois a maioria das decisões é fundamentada nas provas acolhidas na fase investigatória.

Assim entende Aury Lopes, sobre a importância da investigação preliminar:

Apesar dos problemas que possa ter, a fase pré-processual (inquérito, sumário, diligências prévias, investigação etc.) é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional.⁵⁵

A processualização seria a obtenção de todos os direitos constitucionais, pois afastaria o mecanismo do inquisitivo e admitiria o contraditório, sendo assim não mais precisasse repetir em juízo todas as provas obtidas na fase de investigação. Sendo que por entender ser inútil a repetição das provas em juízo, uma vez admitindo o contraditório na fase de investigação, as demandas seriam julgadas com mais celeridade, pois dispensaria a confirmação das provas.

Existem atos no inquérito policial que já caminham de certa forma para a processualização, pois será dado a todo indiciado preso uma nota de culpa que mostrará o motivo de sua prisão, o nome do condutor e as testemunhas.

Nesse sentido Aury Lopes:

⁵⁵ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**, vol.1.7.ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.214.

(...) Cumpre, com isso, pontualizar os principais direitos do sujeito passivo que colocam de relevo o alcance do contraditório nessa fase: comunicação imediata à família ou a pessoa indicada; direito de assistência de advogado; direito ao silêncio; direito de conhecer os fatos que motivaram a prisão e a autoridade que a realizou. Com isso, no plano normativo, o sujeito passivo detido tem importantes direitos que garantem um grau mínimo de contraditório e direito de defesa.⁵⁶

Percebesse que o problema resulta na definição do alcance do art. 5º, LV, da Constituição Brasileira que expõe expressamente que “aos *litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos inerentes*⁵⁷”. Como também estão enumeradas no art.7.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, as garantias judiciais do indivíduo. Entre elas, interessam ao inquérito policial:

A presunção de inocência; Ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável; Ser comunicado dos fatos que lhe foram imputados; Defender-se pessoalmente ou eleger um defensor; Ser defendido por um defensor do Estado; Não se declara contra si mesmo.

Por fim para efetividade real desses direitos é necessário eu seja introduzida uma disposição legal garantida ao imputado a possibilidade de exercer seu direito de defesa atuando no procedimento, incluindo o interrogatório policial devidamente assistido pelo defensor.

Assim afirma Aury Lopes:

É imprescindível que no inquérito policial sejam consagrados normativamente o momento em que deve entender-se produzida a imputação, o dever de comunicação da sua existência e conteúdo, para se assegurar um mínimo de contraditório e direito de defesa.⁵⁸

Ante o exposto torna-se evidente que toda a pessoa detida tem o direito de ser informada sobre as razões, da acusação que existem contra elas. O direito do contraditório abrange também o direito de informação, além da manifestação, o direito ao contraditório, ao menos no que se refere seu aspecto de informação, encontra previsão legal, bem como suporte constitucional. Sendo que trataremos do tema na continuação.

⁵⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**, vol.2.7.ed.Rio De Janeiro: Lumen Juris,2009.p.312

⁵⁷ RODRIGUES, TÁVORA, Cristiano, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.14.

⁵⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e Sua Conformidade Constitucional**, vol .1.7.ed.Rio De Janeiro: Lumen Juris,2009.p.313.

3.2- ANÁLISE LITERAL DO ART.5º, LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O artigo supracitado dispõe em sua redação que: *aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos inerentes”*.⁵⁹ Esta redação constitucional é suma importância para os defensores do contraditório na fase pré-processual, a questão de se admitir ou não o contraditório na primeira fase da persecução criminal, esta em admitir existência de litigantes na investigação.

Na fase pré-processual (inquérito policial), não se fala em acusado, mas sim em suspeito e indiciado, contudo a de ver que o tratamento constitucional de “acusados em gerais”, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, torna-se suficiente para alcançar o inquérito policial como o processo, com o intuito de proteger também o suspeito e o indiciado.

Nesse mesmo sentido Lauri Tucci e Cruz e Tucci, afirmam que:

(...) De modo também indubitado, reafirmou os regramentos do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos... Ora assim sendo se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento nele se encarta a evidência, à noção de qualquer procedimento administrativo e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial.⁶⁰

Sobre a discussão entre processo e procedimento Tucci pondera da seguinte forma:

Essa referência, porém, evidencia reiterada confusão terminológica, e até mesmo conceptual, entre processo e procedimento, que se tradicionalizou em nosso país, falando-se num, quando, na realidade, se quer cogitar de outro: a própria Constituição Federal, como, visto, expressa “processo administrativo”, quando esta aludindo a procedimento administrativo (qual seja, entre outros, o inquérito policial – “procedimento administrativo – persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”).⁶¹

Percebe-se que o legislador não goza de conhecimentos técnicos, no caso o conhecimento jurídico, ao redigir a letra da lei que compõe nosso ordenamento

⁵⁹ RODRIGUES, Cristiano; TÁVORA, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.14.

⁶⁰ TUCCI, Lauri. Rogério e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993. 25.

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1993.p.380.

jurídico, equivocadamente trocou termos que aparentemente parecem ter o mesmo sentido, sendo que na realidade e na prática jurídica possuem significados completamente diferentes um do outro.

Quando confundidos ocorre um efeito doutrinário tão confuso, que permite múltiplos entendimentos, como acontece com Art. 5^a, LV, da Constituição Federal, que permite o entendimento do contraditório no inquérito, porém devido sua má redação causa diversas discussões. Além deste entendimento Tucci analisa outro ponto de dúvida no dispositivo:

Quando o texto fala em acusados em gerais está se referindo de forma ampla, alcançando todos aqueles imputados por algum fato ilegal, mesmo que não formalmente concretizado. Obtêm - se certeza na afirmação ao constatar-se que, se essa não fosse a intenção do legislador ele apenas referiria - se a acusados, restando desnecessário a colocação da palavra em geral.⁶²

Sendo assim pode se notar que o dispositivo procurou alcançar todos que de alguma forma transgrediram a lei, e por esse motivo sofreram uma imputação penal. Deste modo pode se analisar o fato de existirem litigantes nessa fase. Existe quem defenda não existir conflitos de interesse no inquérito policial por se tratar de meio de apuração.

Para alguns doutrinadores o dispositivo da lei assegura o contraditório na fase de investigação criminal, pois existe sim evidente conflito de interesse, entre o Estado e o Indiciado, caracterizando assim, a existência de litigantes, para Tucci, a amplitude de tal dispositivo:

“Reconhecer que o dispositivo procurou ser de extrema abrangência, no tocante aos seus destinatários” (fato tido como assaz louvável); e aduzindo, verbis,, “com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processo administrativo. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de despertar essas garantias aos indicados em processo administrativo.”⁶³

Mas é claro que quando se fala em contraditório na fase pré – processual estamos citando o primeiro momento, o momento da informação. Até porque não se pode existir contraditório no sentido estrito do inquérito, por não existir de fato uma situação processual, mas sim ao direito da informação que adquirindo relevância na medida em que através dele será exercida a defesa.

⁶² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1993. p.381.

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1993. p.382.

Assim afirma Aury Lopes:

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 imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Foi isso que o legislador constitucional protegeu com a expressão 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 em “acusados em geral”, o que sem dúvida é muito mais amplo e protecionista).⁶⁴

Diante do exposto nesse tópico, pode – se observar que a nossa Constituição conferiu aos indiciados o direito de contraditoriedade, sendo então o inquérito policial um procedimento administrativo, este inserido nesta norma constitucional. O que tange o direito de defesa, seja ela técnica e pessoal (positiva ou negativa), será reforçado no tópico a seguir.

3.3 - DA PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO

A participação do advogado na fase de investigação é de suma importância, pois é ele que vai estabelecer o direito de defesa entre o indiciado e o Estado, tendo então o dever de fornecer assistência técnica ao indiciado, podendo participar de todos os atos da autoridade policial e seus agentes, desde que profissionalmente habilitado.

Na fase do inquérito policial muitas das vezes o indiciado é tratado como mero objeto de investigação, ficando vulnerável a diversos métodos ilícitos utilizados pelas autoridades totalmente despreparadas, como tortura, humilhação, julgamento antecipado da imprensa desrespeitando mais um princípio constitucional da dignidade humana.

Sobre a presença do advogado entende Fauzi Choukr:

O acompanhamento das diligências e a faculdade de requerimento junto ao titular da investigação certamente são sinais de preocupação com a dignidade do suspeito e o colocam como sujeito da investigação, e não seu objeto. Esta postura claramente se filia à matriz acusatória do processo penal e vai ao encontro das modernas tendências reformista em curso na Europa e América Latina.⁶⁵

⁶⁴ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol.2. 6. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 07.

⁶⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2ª Ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p.30

É de perceber que a presença do advogado é muito importante como profissional técnico no inquérito policial, o Art. 5º, LXIII, Constituição Federal, garante ao investigado um advogado. O entendimento que ao participar o advogado estará bisbilhotando as investigações encontra-se equivocada, o advogado não irá de forma alguma atrapalhar as investigações de modo a prejudicar o esclarecimento do fato criminoso e de sua autoria. Esse entendimento às vezes é usado para afastar o direito de defesa do indiciado, para que a autoridade policial proceda como bem entender tratando o investigado como objeto de sua investigação.

Mas para o advogado exercer seu trabalho com eficiência ele deverá estar atuando dentro das garantias que lhe são oferecidas, de independência e autonomia em relação ao juiz, promotor e à autoridade policial, a Constituição Federal no seu art. 133, dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Os direitos e garantias dos advogados também se encontram regulamentados na Lei nº 8.906/94, mas especificamente suas garantias destacadas no art.7º da respectiva Lei.

(...) I- 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 nas salas e dependências de audiência, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacia e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independente da presença de seus titulares;
(...) XIII- Examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciários e Legislativos, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;
XIV- Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito policial, findos ou em andamento, ainda que conclusos a autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.⁶⁶

Como visto não existe sigilo no inquérito policial para o advogado, ou seja, a autoridade policial não pode negar o acesso às peças ou até mesmo de cópias dos autos do inquérito, a respeito afirma Aury Lopes:

Desde a Constituição (que já superou a maioria e permanece uma ilustre desconhecida para muitos!) temos afirmado que não pode ser vedado o acesso do advogado ao inquérito, sob pena de violação do

⁶⁶ BRASIL. **Estatuto da Advocacia. Lei nº. 8.906/94.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 09 de junho de 2015.

contraditório (direito a informação) e do direito de defesa técnica, assegurados no art.5º, LV. Posteriormente, com o advento da Lei nº8.906/94 reforçamos a crenças no acerto da posição. Contudo, infelizmente, os tribunais continuavam fazendo pouco caso da Constituição e da Lei nº 8.906.⁶⁷

Ainda assim existia uma resistência ao acesso do advogado no inquérito policial, até que finalmente em 02/02/2009 foi editado pelo STF a Sumula Vinculante nº 14 com o seguinte teor: “È direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Por fim a autoridade policial deverá ouvir o indiciado com a presença de seu advogado que prestará a defesa técnica, podendo até mesmo no momento formular questionamentos, uma vez não observada essa garantia o interrogatório deve ser considerado ilícito, resultando sua nulidade.

O direito processual a luz da Constituição admiti a garantia do direito de defesa e do contraditório no inquérito policial, conforme já visto durante esse estudo, não podendo fingir que não vemos de ante de tais garantias, porque se assim fizermos estaríamos ignorando nossa Constituição.

Conforme o art.306,§1º do Código de Processo Penal, no caso do indiciado não informa um advogado, deverá ser enviada a cópias integral para a defensoria pública no prazo de vinte quatro horas, com o intuito de assegurar ao indiciado o devido processo legal, o direito de defesa, de contraditório e da presunção de inocência.

O que antes era uma faculdade da autoridade policial, comunicar a um advogado, que não fosse indicado pelo atuando, da efetivação da prisão em flagrante, passou a ser uma imposição pela nova redação do artigo. Sendo que agora a afronta ao direito de liberdade do sujeito atuado em flagrante, deverá ser comunicada não só ao juiz, a família ou advogado por ele indicado, mas na ausência de um advogado necessariamente a defensoria pública.

Ao inserir a necessidade de comunicação a Defensoria Pública na ausência do advogado, é de se perceber que a norma tem por foco as garantia dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla

⁶⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol 1.6.ed.Rio De Janeiro:Lumen Juris,2009.p.319.

defesa e do contraditório. Restando assim nenhuma dúvida que o Código de Processo Penal precisa urgente de interpretação á luz dos parâmetros constitucionais.

3.4- PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

O princípio da obrigatoriedade também conhecido como o princípio da legalidade, tem por base o interesse da coletividade na atuação penal, sendo este o que melhor atende o interesse do Estado, havendo indícios suficientes da prática e da autoria de um crime, o Ministério Público, no que diz respeito á ação penal pública é obrigado a apresentar a denúncia.

Este princípio também rege as investigações preliminares uma vez a existência de um fato criminoso a autoridade policial também tem o dever de instaurar o inquérito.

Saliento ainda que tanto o Ministério Público quanto a autoridade policial, não podem se afastar de cumprir a lei, no âmbito das investigações e a denúncia do fato delituoso, no âmbito da ação penal pública.

O princípio da legalidade não é absoluto no processo penal, por permitir à exceção a ação pública condicionada à representação e a ação privada, “segundo o qual o Estado confere a titular da ação penal dada a parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidade.”⁶⁸

Por fim sobre tal principio como dispõe o art.24 do Código de Processo Penal, que nos crimes da ação pública será promovida por denúncia, mas salvo quando a lei exige a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça. Neste sentido o exercício da ação penal fica sujeita a vontade de particulares.

3.5 - CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Como já visto anteriormente no trabalho apresentado, o contraditório e ampla defesa tem sido um dos motivos de discussões a respeito da processualização do

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo:Saraiva,2003.p.27.

inquérito policial, mesmo já demonstrado alguns pontos que já caminham para essa processualização, esbarraram nessa barreira conforme o entendimento de alguns doutrinadores.

Nesse tópico serão apresentadas as opiniões contrárias ao contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, e também mais alguns doutrinadores que sustentam tal possibilidade. Muitos doutrinadores por não existirem acusados na fase pré – processual e por seu caráter inquisitorial do inquérito policial, afirmam que o direito de defesa não se aplica aos investigados.

Para Paulo Rangel o investigado, por ser mero objeto de investigação e por não estar sendo acusado de nada na etapa preliminar, não possui o direito de defesa⁶⁹

Na mesma linha Tornaghi afirma que, por não haver acusação formal contra alguém no inquérito policial, a defesa não se faz presente na etapa de mera apuração.⁷⁰

Guilherme de Souza Nucci aponta a exclusão do direito de defesa no decorrer da investigação preliminar como vantagem e praticidade, tendo em visto proporcionar maior agilidade ao Estado para investigar a ação delituosa e alcançar sua autoria. Do contrário, o inquérito policial poderia fracassar em seus objetivos.

“Lamentavelmente, muitos magistrados valem-se do inquérito para calcar suas decisões, como se fosse instrumento produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Utilizar o inquérito para sustentar a condenação do acusado é, nitidamente, inconstitucional. (...) Portanto, deve-se buscar a exata medida para considerar o inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença”⁷¹

Semelhante o pensamento de Giacomolli, o inquérito policial traduz-se em um procedimento “eminente inquisitorial, sem contraditório, com a defesa limitado-se à escuta do suspeito, ao final⁷²”.

Tourinho Filho também adverte que, por não existir acusação nas investigações criminal, o contraditório é inaplicável em tal etapa, devendo ser considerado apenas em juízo.⁷³

⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2004.p. 89.

⁷⁰ TORNAGHI, Hélio Basto. **Curso de Processo Penal**. vol.1. 10. ed. São Paulo: Saraiva 1997. p.113.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.54.

⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade Oportunidade e Consenso no Processo Penal n Perspectivas das Garantias Constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p 297.

Por outro lado existem doutrinadores que afirmam que a confusão terminológica entre processo e procedimento é tradição no direito brasileiro, isto porque o próprio texto constitucional faz alusão a procedimento administrativo, fala em processo administrativo.

Segundo Aury Lopes, a Constituição confunde terminologicamente processo com procedimento, assim afirma:

“Falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento” não pode obstar a aplicação dos princípios referidos na fase do inquérito policial.⁷⁴

Existem doutrinadores que dizem que não existe diferença substancial entre processo e procedimento, para esses autores “processo é entidade abstrata, que sempre se corporifica em um procedimento”, partindo desse ponto de vista não haveria sentido afastar os princípios do contraditório e de defesa no procedimento administrativo de investigação criminal.

Vale ressaltar outra discussão no que tange o direito de defesa e contraditório no inquérito policial é o fato de não ter acusados na fase de investigação, porém quando o legislador falou em acusados em gerais, estava ampliando tal entendimento, englobando também os indiciados na fase preliminar de uma acusação.

Tanto que o nosso Código de Processo Penal, no art. 304, com a redação da Lei nº11.113/05, ao referir ao investigado preso em flagrante, usa o termo acusado.

Art.304- Apresentado o preso á autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recebido de entrega do preso. Em seguida, procederá a oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.⁷⁵

Assim fica demonstrado que a técnica legislativa não tenha sido a mais apropriada, e que o indiciamento também é uma das formas de acusação em geral, assim não resta nenhuma dúvida que á luz da Constituição Federal os investigados assumam também a condição de acusados em geral.

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.1. 25. ed. São Paulo:Saraiva,2003.p.48.

⁷⁴ JUNIOR. Aury Lopes. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.p.329.

⁷⁵ RODRIGUES, TÁVORA, Cristiano, Nestor. **Código Penal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.p.384

Saliento então que não foi afirmado, em nenhum momento que, o mais importante na fase preliminar não seja o completo esclarecimento de uma infração penal, mas sim dentro dos limites constitucionais. Tão necessário quanto apurar uma infração penal é punir adequadamente os responsáveis, tentando ao máximo evitar injustiça contra a pessoa que for submetida à investigação criminal, sendo assim para diminuir os riscos de punir e prender inocentes que se deve garantir um mínimo de contraditório e de defesa na investigação preliminar, conforme será demonstrado na continuidade.

3.6 - SITUAÇÃO JURÍDICA DO SUJEITO PASSIVO E A GARANTIA DE UM CONTRADITÓRIO MÍNIMO

Outro problema encontrado no inquérito policial é o confucionismo acerca da situação jurídica do sujeito passivo, o indiciamento pressupõe o grau máximo de certeza de autoria, sobre a figura do indiciamento alega Aury Lopes:

Pairam inúmeras dúvidas, principalmente quando não existe uma prisão cautelar. Em nenhum momento o CPP define claramente a situação do sujeito passivo não submetido a uma prisão cautelar.⁷⁶

Entres as inúmeras incertezas pode se questionar: A partir de que momento alguém deve ser considerado como sujeito passivo? Que circunstância concorre para que se produza a situação de imputado? Que forma deve formalizar essa situação? Que direitos lhe cabem? Que carga ele assume?

Enfim reina uma incerteza da situação jurídica e de sua própria dignidade pessoal, pois são graves os prejuízos para a defesa, tanto como a técnica, fora que torna uma aberração jurídica a pessoa ser acusado sem mesmo antes de ser formalmente imputado.

Nesse sentido expressa Aury Lopes:

O pior, o sujeito passivo comparece ante uma autoridade policial na situação de testemunha quando deveria fazê-lo na condição de imputado, com todas as garantias inerentes a essa figura. Isso é uma repugnante práxis policial, que, aliada a uma lacuna legal, deve ser abolida.⁷⁷

⁷⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**, Vol.1. 7 ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.324.

⁷⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol.1. 7. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.325.

Sendo assim devíamos caminhar para garantir a maior eficácia do direito de defesa e do contraditório, conforme o art.5, LV, Constituição Federal, esse dispositivo no que se refere ao inquérito policial já foi mostrado que tem sido objeto de interpretações absurdamente restritivas. Nesse sentido Aury Lopes:

É incrível a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o CPP deva adequar-se à Constituição e não ao contrário.⁷⁸

No sistema brasileiro, admite-se produzir no curso do inquérito policial uma prisão pré- cautelar (detenção em flagrante delito art. 301 e seguintes), dividindo em duas modalidades de prisão cautelas (prisão preventiva art. 301 e seguintes, e temporária, Lei nº 7.960/89)

Como já dito o flagrante delito emerge a relativa certeza ou presumida de autoria, sendo que o flagrante válido impõe o indiciamento, da mesma forma nas prisões preventiva e temporária. No primeiro momento interessa-nos a nota de culpa, que segundo o art.306 do Código de Processo Penal, devêramos ser entregue ao detido no prazo Maximo de vinte e quatro horas, com os motivos da prisão, o Nome do condutor e das testemunhas, constituindo assim uma imputação formal que a nosso ver é o que o legislador brasileiro define como indiciamento, assim define Espínola Filho:

Que o efeito da nota de culpa e concreta o motivo da prisão, comunicando ao detido a causa determinante de tal medida, com a indicação dos elementos que sustentam a imputação, o nome dos responsáveis pela prisão e das testemunhas, cujas declarações serviram para justifica-la Torna definitivo o motivo da prisão e é um importante instrumento informador para a defesa⁷⁹

É com toda certeza que a nota da culpa e o mandado de prisão (salvo quando já existente o indiciamento) são os instrumentos que formalmente originam e constituem o indiciamento, sendo assim nasce também o direito de defesa e do contraditório (no que diz respeito à informação), através da comunicação da prisão e dos motivos que a motivaram. Seguindo essa linha de tratamento de uma interpretação ampla e garantista do art. 5º, LV, da Constituição Federal, estabelecendo assim um mínimo de contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

⁷⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol.1.7. ed.Rio De Janeiro:Lumen Juris,2009.p.325.

⁷⁹ FILHO, Eduardo Espínola. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol. 3. 5. ed.Rio de Janeiro,1976. p. 359.

Assim sendo que depois do momento que se identifica o suposto autor do delito, deverá a autoridade policial proceder ao interrogatório, para posteriormente decidir a autoridade policial entre indiciar ou não, por esse motivo se fala em suspeito. Mas existem situações que o sujeito passivo já comparece na forma de indiciado, restando assim mais motivos para seus direitos constitucionais de defesa (técnica e auto defesa, incluindo o direito de silêncio).

Merece destaque que o direito ao silêncio não poderá acarretar prejuízo ao indiciado, estando esse direito é assegurado tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Existindo uma imputação deverá a autoridade policial notificar o sujeito passivo para que preste declaração, querendo, pois deve ser respeitado seu direito de silêncio e não produzindo prova contra si mesmo, devendo ser providenciado o acompanhamento do ato por um defensor.

É claro que o status de indiciado gera um grau de sujeição à investigação preliminar, e, com isso, nasce o sujeito passivo, com uma serie de direitos e cargas de caracteres jurídicos. Sendo que estará o sujeito passivo submetido às maiores possibilidade de ser obrigado a comparecer toda vez que solicitado; medidas cautelares, interrogatórios, acareações, reconhecimento etc., ou seja, a principal carga do indiciado é de estar numa situação jurídica de submissão aos atos de investigação que integram o inquérito policial.

Mas junto com a carga nasce também seus direitos seja ele preso ou em liberdade, o primeiro e mais importante assiste ao indiciado preso, que tem o direito de não ser submetido a tratamento desumano, na mesma linha o direito a sua integridade física e moral. Cabendo também o direito de informar a família de sua prisão, de ser assistido por um advogado, direito de saber os fatos que motivaram sua prisão e de ficar em silêncio, Vale a pena frisa que esses são os principais direitos do sujeito passivo que colocam de relevo alcance o contraditório nesta fase.

Ao indiciado em liberdade este poderá requerer diligências à autoridade policial que poderá realizar ou não, se considerar pertinente para policia, bem como o direito de defesa lhe é assegurado também. Entendemos então que mais uma vez o art. 5º, LV, Constituição Federal não pode jamais ser objeto de uma leitura restritiva, segundo Aury Lopes:

O CPP deve adaptar-se a nova ordem constitucional, admitindo-se a existência de contraditório e defesa no inquérito policial, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual, atendendo as especiais particularidades da investigação preliminar. Trata-

se de uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais,⁸⁰

No plano dos tratados internacionais, o Brasil aderiu por meio de decreto a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que suas disposições passaram a integrar nosso ordenamento jurídico, sendo que determina em seu art.7.4, que toda pessoa detida tem o direito de ser informada sobre as acusações existente contra ela.

Por fim destaca-se que para maior efetividade real desses direitos, é imprescritível um câmbio fundamental na estrutural do atual sistema brasileiro, que seja introduzida um dispositivo legal que abrigue garantia a fase intermediária contraditória, para que exista um juízo efetivo de pré-admissibilidade da acusação, evitando processos infundados, bem como um contraditório real e efetivo, e maior eficácia de defesa. Aury Lopes pensa a respeito:

É imprescindível que no inquérito policial seja consagrado normativamente o momento em que deve entender-se produzida a imputação, o dever de comunicação da sua existência e conteúdo, para se assegurar um mínimo de contraditório e direito de defesa. Ainda, o indiciamento deve ser disciplinado, como ate em si mesmo, de modo a se definir o momento e a forma de sua produção.⁸¹

Ficou claro que o inquérito policial é o caminho para o acusatório, sendo necessário que se garanta o direito de defesa, alcançando a partir do direito de informação, principalmente em que diz respeito ao momento que produz suas conseqüências jurídicas, para garantir que o sujeito tome conhecimento de sua situação, e o ideal que tenhamos uma investigação preliminar de acordo com as garantias constitucional.

Porque submeter o sujeito passivo a uma investigação absolutamente secreta, sem lhe dar informação de nada, seria restringir seu direito de defesa, tornado assim um desrespeito com o processo penal acusatório e principalmente com a Constituição, não condiz de forma alguma com o Estado Democrático de Direito.

⁸⁰ JUNIOR, Aury Lopes. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.p.285.

⁸¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2001.p.285.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o que foi estudado no decorrer do trabalho a investigação criminal é uma fase de suma importância que serve para evitar ações penais contra inocentes, que não devem ser submetidos injustamente a processos criminais.

Sendo feito um estudo da possibilidade da processualização do inquérito policial, e a possível possibilidade da aplicação do direito de defesa e do contraditório no inquérito policial (contraditório no primeiro momento de informação), claro que não seria possível exigir um contraditório no sentido amplo. Neste capítulo foram apontados todos os argumentos favoráveis a aplicação desses princípios constitucionais na fase preliminar da investigação criminal.

Foi objeto de estudo nesse capítulo o Art. 5^a, LV, Constituição Federal, é o dispositivo responsável pela inserção do contraditório na fase de investigação criminal, por ter sua redação possibilidade de interpretação mais ampla. A incidência do contraditório daria uma celeridade nos julgamentos, pois as provas colhidas na fase de investigação adquiriam força judicial, não tendo a necessidade de serem repetidas na fase judicial.

E tendo como forte argumento participação do advogado que é garantidor desse direito de defesa e contraditório, e por transmitir ao indiciado uma segurança, pois o indiciado não pode ser tratado como mero objeto de investigação e sim como sujeito de direito.

É por fim vale ressaltar que já existem indícios de que se caminhe para a processualização, como o fato de ter o indiciado o direito de ser informado de sua prisão, os responsáveis por sua prisão, o direito de advogado, o direito de ficar em silêncio sem prejuízo (que é uma forma de defesa), o fato de não ter advogado e ter que informar a defensoria pública. Então o que foi demonstrado no presente trabalho que o mínimo de contraditório e de direito de defesa não afetaria em nada no andamento das investigações.

Sendo que pensamos em um processo penal garantista, então podemos expandir a norma processual para os microssistemas, que é o caso do inquérito, sendo que podemos analisar o fato da investigação restringir muita das vezes mais que a liberdade do direito de ir e vir, mas também uma liberdade de consciência do indiciado .

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(RE) FORMA do Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Convenção **Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrument>. Acesso em 25 de maio de 2015.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia. Lei nº. 8.906/94**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 09 de junho de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998,

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Escrito de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CÓDIGO PENAL, 16. Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

FILHO, Eduardo Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. vol. 3.5. ed, Rio de Janeiro: 1976.

GOMES. Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Instituto de Ciências Jurídicas, 2012.

JÚNIOR, Aury Lopes, **Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

JÚNIOR, Aury Lopes, **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JUNIOR, Aury Lopes, **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.

PACELLI, Eugenio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RODRIGUES, Cristiano; TÁVORA, Nestor. **Código Penal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.

RODRIGUES, Cristiano; TÁVORA, Nestor. **Constituição Federal**, 2. ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.1. 25 Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

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

TUCCI, Lauria Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

