

A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL À PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL GARANTISTA

***THIAGO CLÁUDIO DE FIGUEIREDO LEROY**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Saúde e Ecologia Humana - FASEH

RESUMO

Em busca de contribuir para sedimentar o Estado Democrático Brasileiro e seus princípios basilares, como o contraditório e o devido processo legal, faz-se necessário o estudo da teoria constitucionalista do processo, que entende todo o processo como garantidor dos direitos fundamentais. É inquietante a constatação de que o inquérito policial, mesmo catalogando as provas sem o crivo do contraditório, inegavelmente se soma ao processo penal de forma importante e não apenas como informação, sendo, muitas vezes, determinante para o provimento judicial. Diante do desafio em se adequar a prática e os entendimentos vigentes à essência constitucional, este estudo parte da premissa de que a mecânica investigativa brasileira deve buscar meios para contemplar as noções principiológicas constitucionais e se amoldar a esta. Conclui-se que a inclusão do contraditório possível ao inquérito policial é, além de viável, um método para fortalecer a Polícia Judiciária, permitindo agilidade aos processos penais, contemplando a economia processual, tudo isto com possibilidade de ganho significativo para a soberania popular e o Estado Democrático.

Palavras-chave: Processo constitucional; contraditório, inquérito policial.

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o sistema acusatório, pelo qual as figuras do acusador, defensor e julgador são distintas e autônomas, componentes de um processo permeado pelas garantias constitucionais do devido processo legal, destacando os indispensáveis princípios do contraditório e ampla defesa.

Ocorre que a sistemática processual é precedida de uma fase investigativa com características inquisitivas, cujo instrumento eleito se trata do inquérito policial conduzido, como regra, pela Polícia Judiciária, sob a característica maior do sigilo e da discricionariedade na produção de provas pela Autoridade Policial.

Com a sedimentação a cada ano dos valores constitucionais previstos na CF/88 e impulsionados pelos movimentos garantistas¹ em tema processual penal, surgem questionamentos sociais, estudos acadêmicos de importância e modificações (ou propostas de modificações) da lei, buscando a observância do contraditório e da ampla defesa, típicos instrumentos da fase judicial, também em sede investigativa (pré-processual) o que afetaria com relevância o atual formato do inquérito policial e suas características mais essenciais.

Na esteira da teoria constitucionalista do processo, que entende todo o processo como garantidor dos direitos fundamentais e não apenas uma relação jurídica entre autor, réu e juiz, o inquérito policial totalmente inquisitivo destoa. Isto porque o instituto parece não se coadunar na inteireza com os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais e persiste sendo base para decisões judiciais mesmo com a característica da não paridade de forças.

A doutrina e a jurisprudência, ainda de forma majoritária, rechaçam a aplicação principalmente do contraditório ao inquérito policial, sob argumento de que a investigação criminal, embora inevitavelmente possa causar um incômodo ao espaço de cidadania do cidadão investigado, não gera um prejuízo, que, sob a perspectiva do direito positivo, tenha o condão de induzir a uma punição.

Sob um olhar macro em nosso cotidiano forense, percebe-se que tal argumento não se sustenta já que se mostra cada dia mais comum, principalmente aos hipossuficientes, que o inquérito policial extrapole sua natureza de “meramente informativo” para ser determinante na formação da convicção do magistrado em flagrante ofensa aos ditames constitucionais.

Tal modelo, se adequaria melhor ao ativismo judicial presente na teoria instrumentalista do processo, pela qual é o juiz a figura suprema dentro da relação

¹O movimento garantista defende que o Processo Penal é instrumento garantidor da Constituição Federal e, portanto, sempre deverá ser interpretado à luz da Constituição, priorizando os Princípios e Garantias Fundamentais ao ser humano. Note-se a lição de Paulo Rangel: “Esse é o problema das reformas pontuais. Então, temos que interpretar de acordo com a Constituição e assegurar a liberdade do indivíduo. Isso, em uma linguagem simples, é ser garantista, ou seja, garantir o que está na Constituição (art. 5º, XV), já que o legislador ordinário não o fez. Repelir o que está na lei ordinária em nome do que está na Constituição, se o que está na lei ordinária não reflete o texto constitucional, isso não é muito, é o mínimo e é simples.” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 25 edição. Atlas, 2017, p. 897). Elucidativa também é a lição de Lenio Luiz Streck: “Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma é modo de ser; é modo de agir; é uma construção como bem diz Hesse; mais do que isto, é condição de possibilidade do processo interpretativo. Nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 236).

processual, que certamente é dotado da capacidade de aproveitar as partes que julga convenientes do inquérito policial ainda que tenham sido produzidas com ausência de garantias processuais fundamentais.

É diante desta constatação empírica e social que se manifesta grande parte do ambiente acadêmico, pugnando por um inquérito policial que se adeque aos ditames constitucionais, ponto inicial de um futuro processo também constitucionalizado. A doutrina e a jurisprudência brasileira, porém, em sua maioria se postam contrárias a instrumentos de ampla defesa e principalmente de contraditório a incidirem no inquérito policial, invocando que tais princípios são constitucionalmente previstos apenas para a fase judicial, fulcrando o posicionamento do artigo 5º, IV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em sentido contrário, para os estudiosos que defendem a ampliação do direito de defesa ao acusado, o entendimento dado pela maioria ao inciso IV do artigo 5º da CF/88 é apenas questão de semântica, devendo a interpretação ser expandida e não limitada, abarcando o entendimento garantista das previsões penais e processuais penais da constituição.

Ainda que ultrapassada a discussão em torno da interpretação da Constituição Federal, resta a discussão sobre como compatibilizar um devido processo legal constitucionalizado pela CF/88 com o sistema inquisitorial previsto no Código de Processo Penal. Daí é que juntamente à ideia defendida de aplicação do contraditório e ampla defesa ao inquérito policial, surgem as inquietantes questões que se pretende discutir neste trabalho, sobre como compatibilizar a observância dos referidos princípios com o necessário sigilo, por vezes, imprescindível à elucidação do fato criminoso e, como evitar que o contraditório desacompanhado da ética gere delongas e consequentes prescrições, tornando o procedimento ineficaz.

De se ressaltar que o contraditório deve ser entendido pelo binômio ciência e participação, e mais, em sua essência é necessário que pelo contraditório, o investigado tenha poder de influência sobre a conclusão do inquérito. Admiti-lo em sua inteireza é conferir ao inquérito o afastamento da condução exclusiva pela autoridade presidente da investigação.

Pelo viés inquisitório, a investigação é realizada de forma unilateral pela autoridade policial no âmbito da Polícia Judiciária e tal concentração de poder

característico da inquisitorialidade é autoritário por natureza e desprovido de cultura para compreensão uma proposta democrática de poder compartilhado entre instituições e envolvidos.

Não bastasse estas dificuldades intrínsecas ao modelo tradicional do sistema acusatório brasileiro, na última década fora somado outro dificultador à aplicação do contraditório no inquérito policial: a investigação realizada diretamente pelo órgão acusador, com o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que é legal a investigação preliminar feita pelo próprio Ministério Público em preparação à futura ação penal². Assim, restou ainda mais improvável a possibilidade de paridade de forças ainda que em parte das provas colhidas durante a investigação, bem como há o risco de que por sua natureza de acusador este traga aos autos apenas as provas que lhe sirvam.

Diante do desafio em se adequar a prática e os entendimentos vigentes à essência constitucional, este estudo parte da premissa de que a mecânica investigativa brasileira deve observar as noções principiológicas constitucionais e se amoldar a ela, buscando, portanto, ser recepcionado pela Constituição, o que, para alguns estudiosos, ainda não ocorreu.

Este estudo se dedica a entender: é possível compatibilizar a defesa técnica de acesso e oportunidades nos autos da investigação, ação fundamental para a adequação da investigação, ao processo penal constitucional, com a sistemática investigativa existente, sem torná-la ineficaz?

2 A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

2.1 Do modelo democrático atestado pela CF/88

É cediço que a democracia decorre da livre participação no âmbito público de todos os cidadãos em igualdade de condições e de acesso, fulcrado em dois fundamentos básicos: o primeiro a soberania popular, pelo qual o poder emana do povo, e o segundo a participação direta ou indireta do povo no poder, efetivando a manifestação da vontade popular.

² Em julgamento de Recurso Extraordinário em 14/05/2015, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Ministério Público tem a competência para promover investigações penais por conta própria, desde que respeitados os direitos garantidos pela Constituição, o devido processo legal e a razoável duração do processo.

Assim a liberdade e a igualdade são valores que se exteriorizam como direitos fundamentais na Constituição brasileira, decorrendo, entre outros, em princípios constitucionais pertinentes ao processo que são o núcleo da sistemática jurídica processual do país. Isto, tanto no viés legislativo quando interpretativo, operando a função de pilares que alicerçam todo o sistema normativo e sua compreensão. Daí porque a importância da Constituição vai além da noção de “lei maior” posicionada no topo da pirâmide legal com hierarquia sobre as demais leis, para atingir o status de cerne do direito, de observância obrigatória aos intérpretes e operadores de todos os âmbitos.

No Estado Democrático de Direito, são os princípios constitucionais do processo que se impõem sobre todas as normas processuais justamente porque definem as razões e limitações desta, bem como harmonizam as normas entre si, permitindo que todo o sistema jurídico posto seja compreendido.

A Constituição Federal brasileira acolheu os princípios do processo como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, bem como a noção da soberania popular como instrumento modificador do ordenamento jurídico, indicativos assim para um Estado Democrático de Direito efetivo. Contudo, ainda que aparente e óbvia esta noção o Estado brasileiro ainda sofre com desigualdades sociais econômicas, bem como padece em acesso à justiça, denotando uma falência do modelo. Essa é a conclusão de Rosemiro Pereira Leal que elenca alguns motivos para o fracasso do modelo inserido pela CF/88:

a) confunde-se modelo constitucional do processo civil com instituição processual modeladora fundacional de suas co-instituições: estado, funções legislativa, administrativa e judiciária, ministério público, advocacia, direitos fundamentais da vida, liberdade e igualdade, direitos econômicos de dignidade, propriedade, posse, bens corpóreos, incorpóreos e da personalidade, e múltiplos direitos sociais, internacionais e supranacionais derivados ou intercorrentemente agregados; b) acolhe-se a “justiça civil” como atividade judicial dos juízes em qualquer alternativa de estado (liberal, republicanista, procedimentalista (proceduralista) ou co-institucionalista); c) não se distinguem claramente “direitos subjetivos ou individuais” e “direitos fundamentais”; d) admite-se singelamente que “processo” é instrumento de uma “jurisdição constitucional” (atividade subjetivante) dos juízes arbitadora dos interesses e diretiva da “vontade concreta” e efetiva das normas constitucionais; e) trabalha-se exclusivamente o “processo” como normas instrumentais de resolução de conflitos de interesses intersubjetivos historicamente apropriados (lesão ou ameaça a direitos) e não de fruição de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis, e de criação, reconstrução, manutenção, aplicação ou extinção normativas de direito; f) menciona-se “contraditório” como direito de participar do processo com “paridade de armas”, sem esclarecer o que é “participar” em paridade

conforme o paradigma de estatalidade adotado no Brasil (LEAL, 2009, p. 283).

Na esteira das questões postas acima por Rosemiro Pereira Leal e do não exercício da democracia constitucional em sua inteireza em termos práticos é que se sedimenta a teoria do processo constitucional que analisaremos no próximo tópico, se apresentando como uma solução para a efetivação do verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito na ainda jovem democracia brasileira.

2.2 Teoria do processo constitucional (modelo constitucional de processo)

Aos direitos fundamentais são previstas garantias no mesmo contexto constitucional. Algumas das tais garantias constitucionais se relacionam aos mecanismos processuais, obrigando à constatação da necessidade de se seguir um processo constitucional nas vias judiciais.

Para a teoria do processo constitucional, o núcleo do modelo constitucional do processo se perfaz pela junção do contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e imparcialidade, somados aos princípios que garantem a liberdade individual e a presunção de inocência.

Assim, a noção ainda muito presente no direito brasileiro, que aloca o processo como uma relação jurídica tripartite: juiz, autor e réu, recebe inúmeras críticas por seu distanciamento da constituição. Neste modelo, o afastamento da Constituição decorre no ativismo judicial o que não se mostra saudável para o Estado Democrático de Direito na medida em que não contempla as partes como protagonistas como deve ser.

No âmbito processual penal, é a defesa a mais prejudicada pelo ativismo judicial, já que a acusação tem poderio assemelhado ao Juiz de Direito. Embora concebida a noção da relação jurídica como forma de proteger o acusado que assim passa a ser entendido como sujeito de direitos, esta noção peca quando não prevê que a relação seja isonômica, perfazendo uma inadequada supremacia hierárquica do juiz (e porque não dizer do acusador) em relação ao acusado.

O adequado é que o processo seja vinculado à Constituição intimamente e sirva como sistema de efetivação de direitos constitucionais e garantidor do exercício do Estado Democrático do Direito. É o que se extrai da passagem da obra de Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

Todo este aparato principiológico fundamenta a existência do processo constitucional como “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” e a sua inobservância, por certo, acarretará em perda da legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, vale dizer, em dissonância com o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, “o processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas” (DOURADO DE ANDRADE, 2015, p. 292).

Na mesma linha, está a preocupação levantada na lição de Gabriela Oliveira Freitas:

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar como o processo constitucional é imprescindível à garantia dos direitos fundamentais e como a observância destes é necessária à efetividade do próprio processo constitucional, o que afasta a noção de que é o juiz o responsável pela busca da paz social e que o processo teria por objetivo alcançar escopos metajurídicos, o que leva, também, ao afastamento do tão aclamado ativismo judicial. (FREITAS, 2013, p. 57).

A ausência da efetivação dos direitos e garantias fundamentais leva a um processo penal não democrático que estará fora do contexto da Constituição de 1988. Para tanto se faz necessário um modelo acusatório, que permita diálogo entre as partes com ampla participação, clara distinção de funções, com juiz equidistante da acusação e defesa, formando sua convicção somente após o devido debate (SANTOS JUNIOR, 2015, p. 55).

Assim, o processo constitucional posiciona como erro trabalhar o processo como normas instrumentais de resolução de conflitos ao invés de percebê-lo como forma de fruição dos direitos individuais e, como isso, promover o exercício da verdadeira soberania popular de esteio democrático.

Embora incida a teoria do processo constitucional sobre a fase judicial da persecução penal, é plenamente razoável que suas noções surtam efeitos desde a fase preliminar investigativa, até pela importância que o inquérito policial adquire ao ser inserido como justa causa para o processo, inclusive servindo inegavelmente para formação da opinião do juiz de direito (ainda que este não o admita na sentença).

Diante de tal possibilidade é que se mostra razoável defender o contraditório, ainda que parcialmente a incidir na etapa investigativa como o faremos em tópicos

posteriores, como forma de colheita de frutos democráticos e busca pela justiça amparada na prevalência constitucional.

2.3 Os princípios do contraditório e do devido processo legal no processo constitucionalizado

A Constituição Federal abarcou os princípios do devido processo legal e do contraditório como regentes de toda a persecução penal que culmina com a sentença penal exarada em processo penal. O artigo 5º da CF/88 ao prever no inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” estabeleceu a mais importante regra do sistema processual dentro de um Estado Democrático de Direito. Já o contraditório veio abarcado no inciso LV do mesmo artigo rezando: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A carta magna brasileira andou na esteira da maioria das constituições dos países soberanos ao prever às mencionadas garantias fundamentais que inclusive figuram de forma destacada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos³.

Em um ângulo de visão constitucionalizado, o trato com os princípios do contraditório e do devido processo legal devem extrapolar as noções estreitas amplamente aplicadas atualmente no mundo jurídico.

Em tema de processo penal é comum percebermos nos bancos das faculdades as noções de devido processo legal e contraditório, sendo ensinadas basicamente como o direito do acusado em ser processado dentro das regras vigentes, se defendendo o mais amplamente possível dentro de um contexto de oportunidades iguais dentro do processo. Sabe-se que é muito mais que isso.

As concepções de contraditório e devido processo legal em sua essência devem dizer respeito à possibilidade da parte em efetivamente ter a oportunidade de fazer diferença no provimento jurisdicional. Se a parte não tiver a possibilidade de

³ Artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: 1.Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

Artigo 8 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

influenciar no ânimo jurisdicional por meio de sua atuação igualitária dentro do processo, não estaremos diante do exercício correto dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Vejamos a lição de Ulisses Moura Dalle neste sentido:

De fato, é no campo da ampla argumentação enquanto direito à prova que a interdependência entre esse princípio e o contraditório se faz mais evidente, pois a predicação do contraditório enquanto efetiva possibilidade de influência nos resultados do processo importa em produção dialógica da prova. Assim, não basta assegurar à contraparte o direito de se manifestar quanto à prova pré-produzida, de forma que, no paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito, o contraditório também assume os contornos de uma técnica de produção do material probatório que impõe simultaneidade entre a atividade dos sujeitos processuais e a colheita da prova. (DALLE, 2015 p.95)

Não se pode olvidar que o devido processo legal, como viga mestra do processo constitucional é decorrência da presunção de inocência que, enquanto princípio constitucional revela a garantia do processo penal como lugar de direitos fundamentais, refutando o arbítrio e discricionariedade da autoridade (SANTOS JUNIOR, 2015, p.82).

É importante salientar que não é suficiente que as normas sejam boas e adequadas aos preceitos fundamentais se não houver um processo decorrente, também sedimentado nas noções constitucionais. Veja-se a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira *processual*, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, *material*, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*). Portanto, não basta só a preleção das normas. É também imprescindível um adequado instrumento para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (*judicial process*). Como indica Tucci, o *substantive due process of law* reclama “um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade. O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*” (TÁVORA, 2010, p. 61).

O processo somente abre as portas à necessária soberania popular por meio da contemplação dos princípios constitucionais em comento. Neste sentido veja-se a lição de Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

Com isso, o alcance do processo constitucional, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais, revelar-se-á a partir de uma racionalidade discursiva garantida por um espaço procedimentalizado aberto a todos em regime democrático, o que eleva a soberania popular como única fonte legítima de poder (DOURADO DE ANDRADE, 2015, p. 283).

Diante disso o processo constitucionalizado se constrói sobre os princípios do devido processo legal e do contraditório e somente assim alcança seu real fim: método para o exercício pleno dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e efetivação da soberania popular.

O tema é tão importante no cenário processual penal que muito se discute sobre a incidência do contraditório também no inquérito policial ainda que a impossibilidade seja hoje sedimentada na doutrina e jurisprudência. Entretanto, as persistentes discussões sobre o tema e as mudanças sociais tem gerado uma ainda tímida edição de novas legislações com enfrentamento do assunto como veremos com mais detalhes no tópico 4.1.

Não raro, encontramos nas lições dos doutrinadores de processo penal que tradicionalmente se posicionam como contrários ao contraditório no inquérito policial, indicações de uma flexibilização de tal paradigma, à exemplo de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar nesta passagem:

A atuação da defesa na fase preliminar tem sido colocada com um desvio de percepção evidente. Tenta-se afastar o direito de defesa (e o contraditório) da fase preliminar, na pressuposição de que eles militariam contra a necessidade da eficiência investigativa, em verdadeiro obstáculo a boa atuação da polícia judiciária. Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas. Vivemos numa fase de “processualização de procedimentos”, e estes, como “métodos de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório”, ampliando-se o espectro horizontal de incidência dos direitos e garantias fundamentais (TÁVORA, 2010, p. 95).

Nota-se pela lição transcrita que o autor adota uma linha processualista constitucional quando levanta a hipótese da não integral eliminação da incidência do contraditório ao inquérito policial, abrindo espaço para o entendimento de ser possível uma coexistência entre as características determinantes do inquérito (sigilo, discricionariedade, etc.) e o direito de defesa.

A lição de Gil César de Carvalho Lemos Morato salienta os prejuízos ao estado democrático de direito de um inquérito policial distanciado dos princípios basilares do processo constitucional:

Percebe-se assim que tanto a polícia judiciária no atual modelo e forma de ação encontra-se em tensão com o modelo estatal do Estado Democrático de Direito, como já demonstrado em momento anterior, bem como o produto entregue por essa Polícia (inquérito policial) não é conduzido de forma a atender os preceitos do Estado Democrático de Direito e do devido processo Constitucional relegando o processo penal, e, por conseguinte o próprio inquérito, a um falho instrumento da persecução criminal(MORATO, 2016, p. 32).

Somar o contraditório à fase preliminar, ainda que de forma postergada ou parcial, permite a maior participação das partes na construção do futuro processo, ampliando sua possibilidade de acuidade e contribuindo para integrar de forma inequívoca o devido processo legal.

3 O MODELO DO INQUÉRITO POLICIAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Aspectos históricos e conceituais

O inquérito policial é o instrumento pelo qual a Polícia Judiciária reúne todas as informações necessárias em torno de um fato criminoso a fim de fornecer elementos para a persecução penal estatal. Como argumento para garantir a maior eficiência na colheita de provas, o inquérito policial tem como característica mais marcante a discricionariedade do presidente em conduzi-lo da forma que julgar adequada sem permitir o direito de defesa ao investigado (ausência do contraditório).

Assim o conceituam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido por delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal, se o processo deve ou não ser deflagrado (TÁVORA, 2010, p.86).

O regramento sobre o inquérito policial está elencado no Código de Processo Penal vigente, que data de 1941, sofrendo inúmeras alterações ao longo dos anos. Já em seu início, o Título II trata sobre o inquérito policial, sem defini-lo, porém, deslindando toda a sua dinâmica como prazos, diligências a serem encetadas, presidência, finalidade e destino.

O Código de Processo Penal de 1941, manteve a mesma denominação “Inquérito Policial” da Lei 2033/1871 (que ditava a questão da persecução penal ainda no império), a qual foi regulamentada pelo Decreto-Lei 4824, do mesmo ano, que em seu artigo 42 dizia: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escripto[...]”.

Na exposição de motivos do projeto do CPP vigente, o então Ministro da Justiça Francisco Campos embora tenha flertado com a possibilidade de instalar o juízo de instrução no Brasil, pelo qual o Ministério Público seria o responsável pela investigação e a Polícia Judiciária seria meramente o formalizador do inquérito, não o fez, assim como não oportunizou ao procedimento qualquer possibilidade de contraditório.

Na edição do CPP foi, portanto, mantido o inquérito policial como processo preliminar inquisitivo, preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais.

Embora se trate de instrumento precípuo da Polícia Judiciária, não se pode deixar de salientar as possibilidades legais de presidência de inquéritos como ato investigativo de outros órgãos, como, por exemplo do Judiciário e Ministério Público quanto aos seus componentes, bem como aquele inquérito produzido pelas comissões parlamentares de inquéritos (CPI).

Porquanto nossos legisladores tenham optado pelo sistema acusatório, pelo qual a investigação se desenvolve por um ator e a acusação por outro, o órgão acusador oficial, qual seja o Ministério Público, alcançou por meio de decisão do STF legitimidade para as investigações que insistia em desenvolver. Assim é que atualmente o Ministério Público se dedica à produção de investigação criminal por meio do denominado PIC – Procedimento Investigatório Criminal.

Importante ressaltar que ao investigar, o Ministério Público o faz de forma seletiva, escolhendo apenas os eventos criminosos que lhe interessam, ficando a

imensa maioria a cargo da Polícia Judiciária por meio do inquérito policial conduzidos por delegados de polícia.

3.2 Teoria (ideologia) da inquisitorialidade

Os principais doutrinadores de Direito Processual Penal em tema de inquérito policial persistem exaltando sua característica de inquisitivo sem a incidência dos princípios do contraditório e ampla defesa. O argumento principal acerca do afastamento do contraditório e da ampla defesa do inquérito policial, reside na ideia segundo a qual a fase em que este é desenvolvido não se trata de fase processual, mas de etapa meramente informativa e que por não ter o condão de modificar o *status* do investigado, é desnecessário favorecer seus mecanismos de defesa por meio do contraditório e ampla defesa.

Embora denominado tradicionalmente como procedimento administrativo, o inquérito policial em nada se assemelha ao conceito técnico de “procedimento”, a uma porque não tem a obrigação de se desenvolver em atos concatenados cronológicos como nos processos, ou seja, não existe uma ordem obrigatória de realização de diligências. A duas porque tem como principal característica a sigilosidade, diretamente atrelada à sua eficiência.

Para Eugênio Pacelli a ordem jurídica brasileira não comporta a ideia do contraditório e ampla defesa aplicada ao inquérito policial já que em tal fase não há um real prejuízo ao investigado, embora admita que *“o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa”* (PACELLI, 2017, p. 59).

Veja-se um trecho importante da lição do mesmo doutrinador:

Do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema pode não despertar maiores indagações, estando ali assentada, como regra, a não aplicação dos citados princípios constitucionais à fase de investigação. No entanto, parece crescente na doutrina brasileira, ao menos em pesquisas e encontros acadêmicos (seminários, congressos etc.), o entendimento segundo o qual a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional. Do ponto de vista da ordem jurídica brasileira em vigor, não vemos como acolher a ideia. Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço de cidadania plena do investigado (isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno na sua tranquilidade), não podemos nela identificar um gravame que, sob a

perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção. Fosse assim, não hesitaríamos em exigir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa já nessa fase. Na jurisprudência dos tribunais a tese não encontra qualquer acolhida. (PACELLI, 2017, p. 59).

Nas lições de Paulo Rangel nota-se certa ambiguidade no trato do tema, na medida em que inicialmente ao tratar sobre o princípio do contraditório aduz que este é afastado do inquérito policial por se tratar de *“mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal com a delimitação da autoria e as circunstâncias em que a mesma ocorrerá, sem o escopo de infligir pena a quem seja objeto dessa investigação”* (RANGEL, 2017, p. 17). Contudo, ao explicar sobre o Sistema Acusatório abraçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, deixa entender a seguinte crítica:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito. (RANGEL, 2017, p. 54)

MANZANO (2013, p.51) da mesma forma inadmite o contraditório aplicado na fase pré-processual afirmando que inquérito não é processo já que não o condão de gerar punição para o investigado.

O entendimento acima vem sendo reafirmado com frequência pelos tribunais superiores, sedimentando a jurisprudência. Veja-se o julgado do STJ sobre o tema:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. EXUMAÇÃO DE CADÁVER. AUSÊNCIA DE PRAZO HÁBIL PARA REQUERER NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e

desvirtuar a essência desse instrumento constitucional. II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. III - Inaplicável o princípio do contraditório na fase inquisitorial, porquanto esta possui natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela Acusação, que lhe permitam oferecer a denúncia. Precedentes. IV - Impossibilidade desta Corte aprofundar o exame do conjunto fático-probatório, sobretudo na via estreita do writ. Precedentes. V - Habeas corpus não conhecido. (STJ, 2014, online).

No mesmo sentido, veja-se a decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando sobre a não incidência do contraditório no inquérito policial:

Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravo regimental não provido. [\(STF, 2014, online\)](#).

Aury Lopes Jr. é mais um crítico daqueles que defendem que o ordenamento brasileiro adotou o sistema acusatório misto com fase inquisitiva do inquérito e a fase judicial acusatória. Para ele o processo tem inúmeras características inquisitivas além do inquérito policial e, por isso, é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório. *Aduz: Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.* (LOPES JR., 2013. p. 47).

Alguns autores de viés constitucionalista, desafiam a doutrina majoritária e já abordam o tema do contraditório e da ampla defesa na fase do inquérito como obrigatória. GIACOMOLLI entende como obrigatória a incidência da principiologia constitucional ao inquérito policial, embora entenda que os efeitos serão diferentes do que ocorre na fase judicial:

Na fase preliminar do processo penal, embora sem a amplitude e dimensão do verificado na fase judicial, o contraditório, na forma de poder participar, requerer, ser ouvido e informado, é inafastável. Contudo, em face da natureza e função da investigação, o cerceamento do contraditório não produz os mesmos efeitos dos verificados na fase judicial. Inafastável, também, o direito ao acesso aos elementos de investigação documentados, pelo defensor do investigado, salvo o sigilo constitucional e legal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do STF (“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”). A obstaculização do acesso poderá ser remediada por meio de reclamação ao STF, nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF ou por mandado de segurança, em face do direito líquido e certo à publicidade dos atos investigatórios já documentados. (GIACOMOLLI, 2016, p. 180)

Note-se a lúcida crítica de Waldir dos Santos Júnior:

O sistema penal brasileiro conserva o procedimento bifásico inquisitório e a técnica inquisitória de formação antecipada de culpa. Cultua a primeira fase como a fase do pleno conhecimento. Analisando as características do Inquérito Policial do nosso Código de Processo Penal Brasileiro percebe-se claramente que a investigação realizada pela autoridade policial estruturada na inquisitorialidade se prima pelo afastamento da argumentação, objetivando claramente a confirmação de uma hipótese que a investigação isoladamente deverá eleger. A técnica inquisitorial, legado vergonhosamente deixado pela inquisitorialidade consagrada no Tribunal de Inquisição pode ser claramente encontrado no processo penal brasileiro (SANTOS JÚNIOR, 2015, p.48).

Assim, muito embora se esteja diante de uma ampla maioria doutrinária e jurisprudencial quanto à inviabilidade do contraditório no inquérito policial, reforçando a teoria da inquisitorialidade, as noções de um inquérito constitucionalizado recebem valente atenção pelos processualistas constitucionais bem como vem merecendo atenção legislativa como pode se extrair do subitem 4.1 desta pesquisa.

3.3 Análise do inquérito policial no direito comparado

No Brasil adota-se o sistema acusatório em que, como regra, o Ministério Público é o órgão acusador que se vale das investigações encetadas por outro órgão previamente, qual seja o inquérito policial produzido pela Polícia Judiciária, tendo o Juiz de Direito como ente imparcial a resolver a contenda entre acusador e réu. Este também é o modelo adotado na Inglaterra e na Austrália.

O sistema continental europeu adotado pela maioria dos países da Europa continental e nos EUA tem no acusador a figura do promotor-investigador. Este chefia a investigação preliminar ao processo e na sequência oferece a acusação, perfazendo, pois, o papel de investigador e depois acusador. Neste modelo a Polícia Judiciária apenas o auxilia.

Embora modifiquem o sujeito responsável pela investigação (ora Ministério Público, ora Polícia Judiciária), ambos os sistemas não conferem o contraditório à fase investigativa, funcionando assim, na prática, igualmente quanto à oportunidade de defesa na fase do inquérito policial.

O sistema continental europeu sofre ainda mais críticas que o acusatório brasileiro a considerar que reúne em mãos do acusador toda a oportunidade probatória em não paridade de forças com o acusado. Sobre isso veja-se a lição de Aury Lopes Junior:

Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais de uma direção. Ao se transformar a investigação em uma via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa. (LOPES JR, 2001, p.97)

Tentando aplacar tal diferença, na Itália foi criada a chamada “investigação defensiva”, possibilitando também à defesa realizar atos investigativos cujo valor probatório seja equiparado juridicamente àqueles produzidos pela acusação, porém não fora de grande êxito prático considerando que o acusado nunca teria a mesma possibilidade de produzir provas como o ente estatal.

Na França, o papel judicial é preponderante na fase investigativa e o juizado de instrução subsiste, porém, há uma fase intermediária, entre a investigação e o processo que possibilita a intervenção da defesa em sede de contraditório. A etapa da persecução penal inicia-se com o inquérito, pelo qual o Ministério Público inicia a colheita de provas preliminares e indícios de autoria delitiva em inquisitivo e sigilo.

Numa segunda etapa ocorre uma espécie de instrução conduzida pelo judiciário, porém sem acusação apresentada, com direito de defesa, pela qual ocorre a colheita de provas para verificar se há condições de viabilidade da acusação contra o investigado. Por fim, se houver justa causa contra o investigado ocorrerá o processo e o julgamento por juiz diferente daquele que promoveu a instrução.

Portanto, nota-se no direito comparado basicamente distinções entre a titularidade do responsável pelas investigações, ora reunindo somente no Ministério Público a figura do investigador e acusador, ora deixando apenas à Polícia Judiciária a função de investigar, aparecendo ainda em alguns sistemas a intervenção mais abrangente do juiz tanto na investigação quanto no processo.

Embora percebidas tais distinções nos países estudados, nota-se que o contraditório durante a investigação é evitado em todas elas, sendo ponto comum que, independente do órgão estatal escolhido para a persecução penal, a característica inquisitiva do inquérito segue mantida.

4 INQUÉRITO POLICIAL PROCESSUALIZADO E CONSTITUCIONALIZADO

4.1 Movimentações atuais no regramento acerca da inquisitorialidade

A despeito do não acolhimento pela doutrina e jurisprudência dos princípios do contraditório e ampla defesa à fase pré-processual, o Poder Legislativo tem atendido aos anseios acadêmicos e sociais e algumas leis mais recentes foram editadas ampliando ferramentas de defesa. Em 2011 a lei 12.403/2011 alterou o CPP na parte que trata das prisões e medidas cautelares diversas, estipulando no artigo 282, §3º, o contraditório antes do deferimento da medida, desde que não haja risco para a sua eficácia ou se trate de uma situação de urgência. Na mesma esteira a Lei 12.760/12 estipulou a possibilidade de contraprova para o motorista que for flagrado alcoolizado nos termos do artigo 306 do CTB.

Recentemente a Lei 13.245/16, modificou o Estatuto da Ordem dos Advogados, ampliando a atuação do advogado no âmbito da investigação, por meio de garantir ao causídico, em qualquer instituição, o acompanhamento do interrogatório do acusado e oitivas das testemunhas (com o direito a fazer perguntas) ou por meio da apresentação dos quesitos ou razões. Tal lei ampliou o entendimento da Súmula Vinculante 14 do STF, editada em 2009, segundo a qual já

era previsto ser oportunizada à defesa o acesso aos elementos de prova já carreados aos autos em unidades de Polícia Judiciária⁴.

Há também em curso o Projeto de Lei nº 366/2015, recentemente aprovado pelo Senado Federal, que inclui expressamente o contraditório e a ampla defesa ao inquérito policial, propondo que a defesa técnica acesse provas e elementos de informação já documentados em inquéritos policiais. Veja-se o texto proposto:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 14 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido dos §§ 1º e 2º, com a seguinte redação:

“Art. 14

(...)

§ 1º É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficácia das investigações.

§ 2º Em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observado o disposto no caput.” (NR)

Art. 2º. O caput do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de prova colhidos no inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis, antecipadas ou produzidas sob crivo do contraditório, com a participação da defesa técnica. (NR)

.....”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

As mencionadas alterações legislativas ainda não alcançaram toda a dinâmica investigativa, porém sinalizam um avanço rumo ao inquérito policial constitucional. Salienta-se que, seja na produção acadêmica, seja nas mencionadas modificações legais propostas, não se quer uma participação ilimitada da defesa técnica. Em todos os casos, o legislador cuidou para inserir a ressalva de que as medidas que premiam o contraditório e a ampla defesa se aplicarão somente se não

⁴ A Súmula 14 do STF reza: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Note-se que a mencionada súmula se referia apenas a órgãos com competência de Polícia Judiciária, deixando de fora as demais instituições que foram então incluídas pela Lei 13.245/16 que previu “qualquer instituição”.

inviabilizarem a investigação criminal. Portanto não estão corretos os entendimentos que suprimem o sigilo. O que se defende neste estudo é o “contraditório e a ampla defesa possíveis”.

Sobre o contraditório diferido, assim se manifestou o doutrinador Paulo Rangel em uma análise da Lei das Interceptações Telefônicas:

A lei ao estatuir o princípio da publicidade interna restrita (cf. art. 1º, in fine) exigiu, a contrário sensu, que se adotasse o princípio do contraditório diferido, ou seja, retardado, demorado, pois, não há como se adotar uma medida cautelar desta natureza sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor. Assim, não podemos pensar que o fato de a medida ser adotada inaudita altera pars não haverá o contraditório. Não. O contraditório é dogma constitucional e não pode deixar de ser adotado no curso de um processo regularmente instaurado. O devido processo legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório necessário à elucidação do fato, contraditório este, sem o qual o processo será manifestamente nulo. Destarte, pensamos que a melhor fase para submeter a prova colhida ao crivo do contraditório é após a apensação dos autos apartados ao processo criminal na fase prevista nos arts. 407 e 502 do CPP. A menção da Lei ao art. 538 do CPP (cf. art. 8º, parágrafo único) é equivocada, pois este trata do rito processual dos crimes apenados com detenção e nestas hipóteses não se admite a interceptação telefônica. (RANGEL, 2008, p.37)

Portanto a característica do sigilo, pelas óbvias razões da própria viabilidade da investigação, deve suspender a aplicação da ampla defesa e do contraditório até o momento em que o sigilo não se mostre mais necessário. A partir daí os mecanismos de ampliação das oportunidades de defesa do investigado estarão autorizadas. Este estudo pretende demonstrar que é possível o contraditório diferido, postergado, não apenas para casos específicos já legislados como no caso das interceptações autorizadas judicialmente, porém, sob todas as formas de colheita de prova na fase pré processual.

A segunda questão que se apresenta, versa sobre como superar a inevitável delonga a se instalar pela observância dos princípios em comento na fase pré-processual. Note-se o alerta do doutrinador Eugênio Pacelli sobre o tema:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. O risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem

examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário. (PACELLI, 2017, p.59)

A partir do momento em que provas na fase inquisitorial são produzidas sob paridade de forças, como defesa ampliada, então devem ser admitidas em fase judicial, sem a necessidade de repetição. Tal não fosse se estaria diante de uma delonga desnecessária, considerando que, embora produzidas provas sob o contraditório e a ampla defesa ainda assim deveriam continuar a ser repetidas na fase judicial. Com o aproveitamento da prova colhida no bojo do inquérito policial na fase judicial, a eventual demora seria compensada pela não repetição em juízo.

Buscando mudar a força probatória do inquérito policial é que o Projeto de Lei 366/15 já aprovado no Senado, traz a previsão de que o Juiz possa fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação desde que tenham sido colhidos sob o crivo do contraditório, com a paridade de oportunidades da defesa técnica.

Contudo, o PL 366/15 ainda segue tímido na mudança proposta porque inseriu a previsão de aceitação das provas como uma possibilidade ao juiz da causa e não como um dever em busca de uma medida econômica na condução do processo. Mostra com isto ainda estar maculado pela cultura do ativismo judicial. Por certo que, após a colheita na fase pré-processual poderiam ser questionadas no momento processual, porém, apenas nesse caso mereceriam a repetição aos olhos do órgão jurisdicional.

Por todo exposto, verifica-se que, lentamente, o processo constitucional vem ocupando seu espaço e indiretamente influenciando a fase preliminar investigativa.

4.2 Perniciosidade do sistema promotor-investigador

Como visto nos tópicos anteriores muitos países reúnem em uma só figura estatal os papéis de investigador e acusador, quase todos sob o argumento do “quem pode o mais pode o menos”. No Brasil, embora o sistema seja o acusatório, em que as funções de investigação e acusação são separadas, o Ministério Público vem avançando a passos largos rumo a unificação das funções investigativas e acusatórias pelo próprio órgão.

Não são poucas as críticas ao mencionado sistema unificado, acusador-investigador que torna ainda mais distante a possibilidade defensiva durante a investigação, deixando ainda mais os hipossuficientes em desvantagem frente ao poderio estatal presente nos entes estatais, e no caso brasileiro, frente ao Ministério Público.

Veja-se que nos países da Europa Continental no qual o sistema acusador-investigador é o adotado há mecanismos de fiscalização, controle e restrições que aqui no Brasil não se cogita em adotar. Constitucionalmente o Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial. Se passa a efetivar também a investigação a qual ente caberá controlar suas ações? Centralizar a investigação e acusação em mãos de um único ente sem a devida fiscalização externa pode causar prejuízos irreparáveis à defesa (FERREIRA, 2012, p. 106).

O temor do sistema acusador-investigador é que ocorra um desvirtuamento da real função do inquérito, já que este não deve se prestar a confirmar a futura acusação com a confirmação da infração penal. Pelo contrário. O inquérito policial deve ser instrumento isento de apuração dos fatos, inclusive evitando processos desnecessários.

Atente-se para a lição de Franco Perazzoni na obra organizada por Clayton da Silva Bezerra e Giovani Celso Agnoletto, quando se manifesta sobre os diferentes sistemas de investigação:

Poderíamos dizer que, na verdade, o que diferencia esses diferentes sistemas é apenas a autoridade pública que detém a titularidade da investigação e o papel (de mero coadjuvante ou de efetivo titular da investigação) que desempenha a Polícia Judiciária em cada um deles. Isso nos conduz a diversas conclusões. A primeira é que o delegado de polícia, portanto, não pode nem deve ser visto como o simples chefe de uma unidade policial, a agir por determinação do verdadeiro titular da investigação criminal, como se afigura na esmagadora maioria das instituições policiais no mundo, mas sim, como o próprio titular do Estado-investigação, exercendo, aqui, funções que em todos os demais países são exercidas por magistrados e membros do Ministério Público. Não se trata, por assim dizer, de um policial-jurista (ou seja, um servidor policial cuja exigência mínima de ingresso na carreira seja a posse do diploma do Direito), mas na verdade um jurista-policial (uma autoridade pública, cuja atribuição legal é eminentemente jurídica, mas que, por acertada opção legislativa e constitucional, deixou de integrar, historicamente, a carreira da magistratura para tomar assento no âmbito da própria instituição policial, como sujeito autônomo e distante da futura relação processual, imparcial, em plena consonância com um sistema jurídico verdadeiramente acusatório. A segunda é que, por se tratar de procedimento dirigido pela autoridade policial, imparcial e desvinculada das pretensões de ambas as

partes na persecução penal criminal, somos inclinados a concluir que, em verdade, dentre todos os modelos apresentados, o inquérito policial se afigura naquele que, dentre todos os demais, mais se aproxima de uma isenta apuração dos fatos relacionados na notícia-crime (AGNOLETTI [org.], 2015, p.32).

Assim, se se estiver diante de atores diversos, investigador e acusador, no mínimo estar-se-á diante de uma dupla camada de avaliação das provas o que direcionará a um caminho de mais acertos e, portanto, mais justo.

4.3 Proposta do inquérito policial processualizado

Para os constitucionalistas o modelo inquisitivo do inquérito policial não é compatível com o processo legal constitucionalizado e como tal não fora recepcionado pela CF/88. O problema se mostra em como compatibilizar o modelo investigativo com as noções garantistas.

Note-se a lição de Gil César de Carvalho Lemos Morato justamente sobre a farsa do inquérito policial como procedimento meramente administrativo:

Na verdade, a prática destoa (e muito) da teoria quando se fala em valor probatório do inquérito policial. Embora formal, instrumental e legalmente o que se encontra contido no inquérito sejam apenas indícios para formação da opinião delitiva do Ministério Público, na prática, percebe-se que há algo a mais. Muito mais. A roupagem inocente e frugal de mera peça informativa-procedimental, e, portanto, sem contraditório, contendo apenas umas poucas “provas irrepetíveis” no máximo produzidas antecipadamente por risco de deterioração sujeitas ao contraditório diferido, dura apenas o suficiente para que sejam mitigados os direitos e garantias fundamentais durante seu tramitar. É o acobertar a crise com o “manto” da institucionalidade. Assim que a denúncia é apresentada, logicamente embasada no inquérito policial, os contornos frágeis anteriormente adotados pelo inquérito ganham robustez se não maior, no mínimo igual às próprias provas propriamente ditas produzidas já na fase processual. É inegável a influência do inquérito policial sobre o julgador. Até mesmo a ordem de disposição e consequente leitura favorece à chegada da leitura na fase processual já completamente influenciada e contaminada pelo que foi produzido no inquérito, não permitindo ao julgador, ou a qualquer pessoa que leia os autos, caminhar pelo caminho onde deveriam constar as provas, sem antes ter sua consciência fortemente influenciada pelo conteúdo do inquérito policial ali contido (MORATO, 2016, p.100).

Inserir mecanismos que permitam uma influência mais ativa da defesa técnica do investigado no procedimento persecutório investigativo, não significa necessariamente uma impossibilidade de se garantir o sigilo do mesmo procedimento, embora possa trazer alguma dificuldade. Está, pois, no sigilo, o ponto

nevrálgico da flexibilização do modelo inquisitivo, até porque ao se falar em processo legal constitucionalizado não se admite que o Estado atue em desconhecimento do investigado.

Inicialmente cumpre salientar que nos inquéritos policiais de menor complexidade o sigilo não é fator preponderante. Apenas nos inquéritos que demandam o fator surpresa, principalmente os que envolvem os monitoramentos e as cautelares relativas à prisão e busca e apreensão é que o sigilo se mostra imperioso. Portanto, nas investigações menos complexas, nada impede o acompanhamento da colheita de provas pela defesa técnica e a oportunização de produção de provas por meio da requisição de diligências, restando apenas a questão da delonga para a conclusão, da qual o trabalho se ocupará mais adiante.

É nos inquéritos complexos, cujo sigilo seja imprescindível, que a ampliação da defesa poderia se mostrar prejudicial à conclusão eficaz do procedimento. Nestas situações uma forma de se compatibilizar a ampla defesa e o contraditório com a necessidade do sigilo, é o adiamento de sua incidência no inquérito. Assim, o conhecimento sobre as provas produzidas e a oportunidade de manifestação serão postergados para o momento em que houver a revelação das medidas sigilosas, ou seja, após a prisão cautelar, após o cumprimento da busca e apreensão ou a juntada da degravação de áudios, etc.

Não se trata aqui de impedir o acesso à defesa, mas de adiar, por motivos óbvios, o acesso para um momento em que não exista o prejuízo para a elucidação do fato criminoso. Porém, há que se atentar que, somente neste caso será permitido uma exceção ao contraditório e ampla defesa imediatos, não sendo mais discricionário à Autoridade Policial permitir ou não o acesso quando o sigilo já não se justifique.

Por óbvio haverá uma dilação de duração do prazo para conclusão do inquérito policial, já que, sabidamente, oportunizar colheita e acompanhamento de provas pela defesa irá esticar sobremaneira a duração do inquérito policial. Por isso a delonga não pode ser em vão, havendo a necessidade de que tais provas, sejam elas quais forem, quando colhidas em defesa ampliada e como oportunidade de fazer a diferença para a investigação, devem ser aceitas na fase judicial, podendo influenciar e até mesmo determinar a sentença.

Entender o contrário seria um contrassenso e desrespeito aos ditames do princípio da economia processual.

Veja-se a lição de Joe Tadashi Montenegro Sattow, no artigo Extensão do Contraditório ao Inquérito Policial, na obra organizada por Clayton da Silva Bezerra e Giovani Celso Agnoletto:

Acreditamos que parte da instrução criminal poderia ser feita nas delegacias, é claro com profundas mudanças no sistema adotado. Este procedimento certamente iria ajudar a desafogar o Judiciário e evitar a repetição de atos de forma desnecessária, além de trazer uma maior segurança quanto à continuidade do procedimento, tão almejada no processo, traduzida pela identidade física do juiz (AGNOLETO [org.], 2015, p. 319).

De outro lado, inserir mecanismos que igualem as forças entre defesa e acusação, já na fase do inquérito policial, pode ter o condão de encurtar a persecução penal até o resultado sentença, bem como fará justiça ao instituto inquérito policial que, na realidade nua e crua é o grande influenciador nas decisões judiciais já hoje como está: sem o contraditório e a ampla defesa. Portanto, o desfecho se converterá em decisões mais céleres e justas.

O entendimento de que o inquérito policial é mero procedimento informativo e não tem o condão de modificar o status do investigado do ponto de vista de seus direitos e garantias fundamentais parece não ser o mais adequado frente à principiologia constitucional e, por isso, conflitos no campo das ideias e no mundo fático do direito brasileiro, tem ocorrido. Veja-se o ensino do doutrinador Eugênio Pacelli:

Por fim, e antes de examinarmos o inquérito policial em suas características essenciais, cumpre trazer a lume questão das mais importantes, atinente à necessidade, ou não, do contraditório e da ampla defesa no âmbito da fase de investigação. Do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema pode não despertar maiores indagações, estando ali assentada, como regra, a não aplicação dos citados princípios constitucionais à fase de investigação. No entanto, parece crescente na doutrina brasileira, ao menos em pesquisas e encontros acadêmicos (seminários, congressos etc.), o entendimento segundo o qual a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional. Do ponto de vista da ordem jurídica brasileira em vigor, não vemos como acolher a ideia. Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço de cidadania plena do investigado (isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno na sua tranquilidade), não podemos nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção. Fosse assim, não hesitaríamos em exigir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa já nessa fase. Na jurisprudência dos tribunais a tese não encontra qualquer acolhida. (PACELLI, 2017, p.58)

Outra importante proposta seria buscar disseminar por toda a atividade judicial a distinção entre o juiz que atua na fase investigativa em sede de cautelares do juiz da instrução criminal, o que já ocorre principalmente nas comarcas finais, porém ausente na maioria das comarcas.

Alguns estudiosos defendem a exclusão física do inquérito policial como forma de separar totalmente a fase não contraditória do processo, justamente para que o novo juiz, escolhido para a instrução, não tivesse conhecimento daquelas provas. Pensa-se não ser esta a melhor solução considerando o grande dispêndio de esforço que se perderia, sendo muito mais útil imprimir a característica do contraditório às provas colhidas durante à investigação, quando cabíveis.

De tal forma que, quando possível a colheita da prova em contraditório, leia-se: testemunhas inquiridas também pela defesa do investigado, perícias com resposta a quesitos do investigado e com contraprova, diligências cumpridas por requisição da defesa técnica; estas serviriam para o aproveitamento do juízo e não necessitariam ser inutilmente repetidas.

Esta possibilidade, além de gerar um encurtamento de tempo da instrução criminal com julgamentos mais céleres, iria fortalecer o papel da Polícia Judiciária enquanto garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Os conflitos que se apresentam são saudáveis, a considerar que, não raras vezes as provas produzidas durante o inquérito policial tem sido determinantes para a sentença no processo penal, fenômeno este causado principalmente pelas defesas técnicas fracas ou inexistentes do hipossuficiente, fator este associado à desumana sobrecarga dos juízos que optam então pela rapidez no duelo entre esta e a qualidade.

Ocorre que para a solução do mencionado dilema, leis tem sido editadas sem o devido cuidado e sem esgotar o tema⁵ o que ao invés de sanar o problema, acaba por gerar outros conflitos decorrentes de interpretações divergentes.

Finalizando, vale salientar que existem (ou existiram) inquéritos investigativos extrapoliciais nos quais seria permitido o direito de defesa, como o inquérito para a decretação de expulsão de estrangeiro e o extinto inquérito judicial tratado na antiga Lei de Falências, o que denota não ser impossível o exercício do contraditório na fase preliminar.

⁵ À exemplo do PL 366/15 tratado no item 1.2.

5 CONCLUSÃO

A indesejável ofensa ao devido processo legal que se opera nos julgamentos criminais, que na prática cotidiana são embasados apenas nos inquéritos policiais (mecanicamente repetidos na fase judicial), que atualmente não permitem oportunidade de ampla defesa e contraditório e o fato de tal situação ofender com gravidade os mencionados princípios, motivaram a presente pesquisa.

A forte corrente do processo constitucionalizado como garantia dos direitos fundamentais do ser humano não deixa de surtir seus efeitos questionadores ainda na fase preliminar ao processo penal. Os conceitos processuais dos princípios do devido processo legal e do contraditório devem receber melhor guarida dos operadores do direito em abandono ao ativismo judicial durante a fase processual com mudança das noções arraigadas e com abertura para busca do real conceito de tais obrigações constitucionais.

No exercício de buscar um processo constitucionalizado e, portanto, mais justo em observância da soberania popular cresce também a necessidade de se lançar um novo olhar sobre o inquérito policial.

A possibilidade de defesa na fase do inquérito policial se apresenta majoritariamente na doutrina e jurisprudência como inviabilizadora da atividade investigativa, porém tal noção se apresenta como um desvio de percepção. Os argumentos se repetem no sentido de que o contraditório na fase preliminar obstaculizaria a eficiência investigativa, numa visão rasa do problema.

O papel do inquérito policial, embora precipuamente seja de fornecer elementos para a acusação penal quando da ocorrência do crime, não deixa de ser também para evitar que pessoa inocente tenha contra si instaurada uma ação penal desnecessária e fadada ao insucesso.

Por esta visão, nota-se que o direito a defesa embora precise ser atenuado na fase investigativa, por sua própria inerência sigilosa em alguns momentos, não pode ser eliminado completamente, sob pena de ofensa às noções constitucionais. Mais gritante ainda essa afirmação se torna quando se está diante da inexorável constatação de que os corridos julgamentos corriqueiros de nossos tribunais quase sempre se amparam nos inquéritos policiais que serviram de justa causa ao processo.

Assim, a relevância deste trabalho se mostra na medida em que oferece propostas para fomentar a compreensão de que a observância da lei maior não coloca em risco a atividade investigativa. Pelo contrário, pode fortalecer a investigação e fazer justiça quanto a sua real importância para a persecução penal brasileira, somando-se ainda ao ganho extra da economia processual e agilidade.

Como se vê, o reconhecimento do inquérito policial como instrumento constitucional é aceito por minoria doutrinária, porém até mesmo os adeptos questionam como seria a forma, a estrutura, principalmente frente ao paradigma democrático que inaugura o texto constitucional e este sim é o maior desafio, considerando que uma mudança profunda de toda a sistemática atual seria necessária.

A partir de tais ideias é que propõe esta pesquisa o contraditório postergado e a ampla defesa mitigada que se ocorreriam apenas após o deslinde das diligências secretas por sua própria natureza cautelar e sigilosa. Isto a ocorrer apenas nos inquéritos em que houvesse tal necessidade, já que na grande maioria das apurações o sigilo não é primordial, abrindo espaço para o direito a defesa desde o início.

O ganho para o jogo democrático com esta medida, somente se completa com a admissão do inquérito constitucionalizado como prova a ser valorada pelo julgador durante a fase processual, extirpando de vez a famigerada repetição mecânica de provas, principalmente as testemunhais, apenas para vesti-las com a aparência de contraditório em ampla defesa como corre atualmente.

Por todo o exposto, conclui-se que o inquérito com contraditório é desafiante e implica em mudanças legislativas e principalmente culturais (em um meio jurídico sempre tão tradicional). Porém, antes de tudo, o inquérito constitucionalizado é um modelo moderno determinado pela Carta Magna implicitamente que já está tardando em ser posicionado como instrumento constitucional legítimo para a persecução penal condizente com o exercício dos direitos fundamentais em um real Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AGNOLETO, Celso Giovanni (org.); BEZERRA, Clayton da Silva (org.). **Inquérito Policial, Doutrina e Prática** (A Visão do Delegado de Polícia). 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**. 21 ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. In: Vade Mecum penal e processual penal. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.234-289.

_____. Decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871. Regulamentação da lei 2.033 de 24 de setembro de 1871 sobre legislação judiciária. Portal da Legislação, Brasília, 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em 20/03/2018.

_____. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm Acesso em 23/05/2018.

_____. Lei 12.760 de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Portal da legislação, Brasília, 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm Acesso em 23/05/2018.

_____. Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Portal da legislação. Brasília, 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm Acesso em 23/05/2018.

_____. Projeto de lei do Senado 366 de 2015. Altera o Código de Processo Penal para assegurar contraditório relativo no inquérito policial, e dá outras providências. Portal do Senado, Brasília, 2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121818>. Acesso em 22/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC: 212494 SC 2011/0157376-9, Relator: Ministra Regina Helena Costa. DJe: 14/05/2014 JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25075687/habeas-corpus-hc-212494-sc-2011-0157376-9-stj> Acesso em 30/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRInq: 3387 CE 9956974-58.2011.0.01.0000, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, DJ: 15/12/2015, JusBrasil, 2015. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310985917/agreg-no-inquerito-agr-inq-3387-ce-ceara-9956974-5820110010000> Acesso em 30/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. Dje. 08/02/2009. Portal Supremo Tribunal Federal Brasília, 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> Acesso em 23/05/2018.

CANOTILHO, J. Gomes. *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 10/2013.[Minha Biblioteca].

DALLE, Ulisses Moura. **Processo Penal e Criminalidade Organizada no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. Processo Constitucional: O Processo Como Espaço Democrático-Discursivo de Legitimação da Aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, V.31, 2015.

FERREIRA, Júlio Danilo Souza. A Investigação Criminal no Brasil e o Direito Comparado. **Revista Brasileira de Segurança Pública & Cidadania**. Vol. 5, N.º 1, 2012.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **O Processo Constitucional Como Garantia dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Lex Humana. Vol. 5, Nº 1, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 08/2016. [Minha biblioteca]

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANZANO, Luís Fernando Moraes. Curso de Processo Penal, 3 edição. São Paulo: Atlas, 03/2013.

MORATO, Gil César de Carvalho Lemos. **O Início do Processo Penal em Crise:** a necessidade de reestruturação do modelo de investigação criminal. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 02/2017.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Interceptação Telefônica. In: Reflexões teóricas sobre o processo penal e a violência urbana:** uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal.** 25 edição. São Paulo: Atlas, 03/2017. [Minha Biblioteca].

SANINI NETO, Francisco. Lei 13.245/16: Contraditório e Ampla Defesa na Investigação Criminal? (Parte III). Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-24516-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal-parte-iii/> Acesso em 22/09/2017.

SANTOS JÚNIOR, Waldir Miguel dos. A Adequação da Investigação Policial ao Processo Penal Democrático. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosJuniorWM_1.pdf Acesso em 22/09/2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 236

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 4. ed. Salvador: Podium, 2010.