

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE DIREITO

FILIPPE PESSOA DE LUCENA

VALORAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL

FORTALEZA
2008

FILIPPE PESSOA DE LUCENA

VALORAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia apresentada à disciplina de Monografia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para aprovação na disciplina.

Prof. Dr. Orientador: Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA

2008

2

FILIPPE PESSOA DE LUCENA

VALORAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Samuel Miranda Arruda

Apresentada em 16 de junho de 2008.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Edmac Lima Trigueiro

Ernani Sérgio Chaves Reis

AGRADECIMENTOS:

“Ao meu pai, pela admiração e exemplo como juiz, ser humano, pai e, principalmente, como amigo, mostrando-se sempre como um espelho no qual me guio. Verdadeira fonte de motivação para trilhar, com força, todas as adversidades da vida.

A minha mãe, pela delicadeza, carinho e amor incondicionais. A base de toda minha existência.

À Caroline, minha namorada, por todo o apoio, amor e confiança em mim depositados durante todo o período em que estivemos juntos. Já está para sempre na minha vida.”

“O processo penal pode ser visto como o termômetro dos elementos democráticos e autoritários de uma nação” (Julio B.J. Maier)

SUMÁRIO:

1.INTRODUÇÃO.....	8
2.SISTEMAS PROCESSUAIS:.....	12
2.1. Sistemas Misto e Inquisitivo: uma prévia.....	12
2.2. O Sistema Acusatório Brasileiro.....	18
2.3. Resquícios dos sistemas misto e inquisitivo no código de processo penal no que tange à colheita das provas.....	23
3. INQUÉRITO POLICIAL E O CONTRADITÓRIO:.....	24
3.1. Natureza e finalidade do inquérito policial.....	24
3.2. Inquérito Policial, Direito de Defesa e Contraditório.....	38
4.VALORAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS IRREPETÍVEIS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL:.....	51
4.1. Natureza das provas no processo penal.....	51
4.2. Da prova pericial irrepetível realizada no curso do inquérito.....	54
4.3. Confissão Extrajudicial.....	59
5.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6. REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

A doutrina trata, basicamente, de três sistemas processuais: inquisitivo, misto e acusatório. Cada um tem seus princípios e regras próprias, havendo predominado em momentos históricos diversos. Pode-se afirmar que, com a promulgação da Carta de 88, vige no Brasil o sistema acusatório, marcado, dentre outras características, pelo contraditório e pela separação das funções de acusar, defender e julgar. Existem, contudo, claros resquícios dos sistemas misto e inquisitivo em nosso ordenamento processual penal, que merece uma releitura sob a ótica constitucional. É assim que, quando determinado ato jurídico produzido no inquérito tiver o condão de trazer um prejuízo ao investigado, deve-se aplicar, nessa etapa, o contraditório.

Palavras-chave: Sistemas Processuais. Constituição Federal. Sistema Acusatório. Inquérito Policial. Contraditório.

1. INTRODUÇÃO:

A valoração judicial dos elementos colhidos no curso das investigações policiais é tema que levanta discussões no âmbito da dogmática do processo penal.

É verdade que existe um certo consenso doutrinário acerca das características básicas do inquérito policial, sendo comumente definido como um procedimento inquisitivo sem contraditório com a finalidade de formar a convicção do titular da ação penal acerca da materialidade e da autoria delitiva. Ocorre que alguns desses elementos devem ser revistos sob a ótica constitucional, mais especificamente no que tange à garantia do contraditório, que deve ser observada em tais procedimentos investigatórios em determinadas situações específicas e com certa reserva.

É que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a ascensão do sistema acusatório em nosso ordenamento, não obstante o Código de Processo Penal brasileiro ter sido editado em 1941, sob a égide da Carta de 1937, a “Polaca”, tida como uma das Constituições mais autoritárias e antidemocráticas da nossa história política.

Há, portanto, claros resquícios dos sistemas inquisitivo e misto na legislação, que merecem uma interpretação sob a ótica dos princípios que norteiam a nova ordem constitucional. Não só o inquérito policial deve ser revisto, mas todo o sistema que compõe a estrutura punitiva do Estado.

É é nesse contexto que vozes na doutrina vêm levantando uma mitigação dos mencionados traços que marcam o inquérito policial. A pessoa não pode mais ser encarada como *objeto* de uma investigação, mas sim como verdadeiro sujeito de direitos e obrigações. As investigações preliminares não podem mais ser realizadas às

escuras, sem que os investigados possam ter *ciência* dos atos e do que lhes é imputado. E como veremos, o conhecimento dos atos realizados é uma das facetas do contraditório.

Investigação secreta remonta à ditadura, autoritarismo e arbitrariedade. Foi nesses termos instituído, por meio da Lei nº. 4.341 de 1964, o Sistema Nacional de Investigação com o objetivo de supervisionar e coordenar as atividades de informações e contra-informações no [Brasil](#) e exterior. Existiam escritórios espalhados por todo o território brasileiro, com agentes infiltrados sigilosamente em diversos segmentos sociais a fim de colher informações a embasar a punição daqueles que se insurgiam contra a ditadura.

Até a revolução francesa, predominava o sistema inquisitivo, em que o processo penal era encarado como um mero ritual na aplicação da força do Estado, que punia todos aqueles que tentavam subverter a ordem instaurada. Não havia qualquer preocupação com a busca de uma verdade real, ou sequer com a defesa do acusado. Se existia algum contraditório, o mesmo era tão-somente formal. A verdade é que o Estado se valia do direito penal e do processo penal para impor e manter seu poder e o rito processual era utilizado para dar uma roupagem de regularidade ao arbitrio do Poder Político.

Foi com o surgimento da primeira geração dos direitos fundamentais que o sistema inquisitivo ruiu. Também chamados de “direitos negativos”, impunham que o Estado se abstinhasse de interferir na órbita subjetiva dos indivíduos, garantindo a liberdade, vida e também o devido processo legal. Assim surge o sistema misto, também chamado de “formal acusatório”, que perdura ainda hoje em alguns sistemas processuais, como na França.

Como sobredito, com a promulgação da vigente Carta Constitucional é que se consolidou no Brasil o sistema acusatório, com a garantia do contraditório. A

questão a ser analisada, portanto, é se tal garantia deve ou não ser aplicada no inquérito e em que circunstâncias.

O contraditório, por sua vez, é marcado basicamente por duas características: a ciência dos atos realizados e a possibilidade efetiva de influenciar nos resultados finais. Prescreve a Constituição que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Sendo o inquérito policial um procedimento administrativo, ser-lhe-ia aplicável o contraditório? Esse é basicamente o objeto do presente trabalho.

É certo que a instauração de um inquérito, assim como o indiciamento, trazem sérias repercussões na vida de determinado sujeito. Além disso, no nosso sistema, há uma forte influência dos elementos e conclusões colhidos em tal etapa na fase processual em si. Tanto é assim que o magistrado que atua na fase inquisitiva, quando lhe é devido intervir, será o mesmo que irá, por fim, julgar o acusado, atuação essa que pode comprometer sua imparcialidade.

Nesses termos, não podemos negar que, em algumas hipóteses, o contraditório deve ser garantido de forma efetiva na fase pré-processual, mormente quando a prova colhida for irrepetível, ou seja, não possa ser novamente produzida perante o juiz.

Existem alguns meios de prova que, quando produzidos no curso das investigações, podem influenciar de forma contumaz na decisão final, como é o caso da confissão extrajudicial, ou da perícia que não poderá ser repetida em juízo.

No primeiro caso, a confissão somente será válida se feita na presença da defesa técnica. O STJ recentemente se manifestou no sentido de que a confissão realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, pode ser elemento a sustentar uma condenação penal, aplicando-se a atenuante genérica prevista no art. 65, III, d, do CPB.

Eis então a importância de se garantir que o investigado tenha a assistência jurídica de um profissional, que poderá lhe informar acerca das consequências dos seus atos. Além disso, a presença do advogado também é um fato que busca coibir práticas arbitrárias que, inegavelmente, ainda ocorrem nos confins de uma delegacia de polícia.

Outrossim, quando uma perícia for realizada no curso das investigações e não for possível repeti-la em juízo, deve ser garantida a efetiva participação do investigado, com a possibilidade de nomear assistente técnico, formular quesitos e impugnar eventuais defeitos no laudo.

O contraditório deve ser antecipado, e não diferido. É que não obstante saibamos que o juiz se pauta na sua livre convicção (motivada) para decidir, podendo atribuir o valor adequado às provas, não se pode negar a força probante de uma perícia, dada a sua objetividade e cientificidade. Desse modo, imperioso se garantir que o investigado participe da elaboração do laudo pericial.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS:

2.1. Sistemas Misto e Inquisitivo: uma prévia.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o sistema acusatório no Ordenamento Processual Penal Brasileiro, ainda que de forma tímida e sem uma menção expressa a tal princípio no corpo constitucional. Já a Constituição da República Portuguesa, diferentemente do constituinte originário brasileiro, consignou de forma expressa o princípio acusatório em no artigo 32.5, que estabelece que “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”, no Título II, que trata dos “Direitos, Garantias e Liberdades”.

A doutrina aponta a ascensão do sistema acusatório por meio de uma análise sistemática das normas constitucionais que consagraram o contraditório (Constituição Federal, art. 5º, LV) e do dispositivo que confere a titularidade exclusiva da Ação Penal Pública ao Ministério Público (Constituição Federal, art. 129, I).

Para se compreender o sistema acusatório ora vigente, é imprescindível que sejam dedicados alguns comentários, sob uma perspectiva evolutiva, acerca das formas sobre as quais se estruturaram os modelos político-jurídico de resolução dos conflitos na esfera penal.

No que tange ao processo criminal, são conhecidos três sistemas, cada um com princípios que lhes são inerentes. Vejamos, de forma sucinta e com o propósito de apenas lançar algumas luzes, quais são as marcas principais dos sistemas inquisitivo e misto para que, assim, se possa viabilizar o entendimento do modelo processual em vigor, ou pelo menos do modelo que a Constituição Brasileira pretende implementar.

O sistema inquisitivo foi o primeiro a se ter notícia. Dentro de tal modelo, o órgão julgante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender. Marcado, também, pela ausência do contraditório, ou pela existência de um contraditório meramente formal. Não era garantida, de forma efetiva, a defesa do acusado, o que denota a total incompatibilidade de um modelo pautado nesses termos com os pressupostos constitucionais atualmente vigentes no nosso Ordenamento Jurídico, já que a Carta da República erigiu o contraditório como princípio fundamental, aplicável tanto no processo judicial como nos procedimentos administrativos.

Pelo que se observa, o sistema inquisitivo guardava nítida relação com o Estado Absoluto, em que não havia um processo propriamente dito. A persecução criminal não se pautava no devido processo legal. Comumente, a condenação de um indivíduo já se mostrava previamente determinada, sendo o processo penal visto como um mero ritual.

Como bem assevera Tourinho Filho, o processo inquisitivo perdurou até à Revolução Francesa, quando então surge a primeira geração dos direitos fundamentais, garantindo aos cidadãos os direitos de liberdade e igualdade, resguardando o povo do arbítrio do poder estatal:

“O sistema inquisitivo dominava a Europa continental, com exceção apenas da Inglaterra, que adotava o julgamento pelo Tribunal do Júri, com o que se assegurava não apenas a publicidade e o direito de defesa, mas também a separação entre quem acusava e aquele que se encarregava de julgar. Logo após a revolução francesa, a França passou a adotar o sistema misto, o que refletiu em praticamente toda a Europa” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.p. 82)

Dessa forma, consoante salientou o referido jurista, o sistema do *common law* inglês se afastou do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa, notadamente pela instituição do Júri como órgão jurisdicional competente para conhecer e julgar as causas, tirando tal prerrogativa das mãos do monarca. Nesses termos é que se afirma que o processo anglo-saxão tenha conservado um sistema

tipicamente acusatório. Sistematizando os traços do modelo ora estudado, estabelece Geraldo Prado que:

“A doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído de contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade do juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova” (PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris. P. 150)

Como sobredito, o sistema inquisitivo correspondeu a uma concepção absolutista de Estado, sendo a justiça criminal utilizada como meio de consolidação do poder político. Suas conseqüências ressonam ainda hoje nos modelos processuais vigentes, notadamente na criação do Código de Processo Penal Brasileiro, como veremos adiante.

Não obstante tais considerações, bem como a concordância unânime no âmbito da doutrina de que tal modelo se mostra superado, ainda há claros resquícios de tais preceitos na ordem processual penal vigente. Isso ocorre quando a lei, por exemplo, confere mais poderes ao magistrado na instrução, na colheita das provas, e na fase pré-processual. São manifestações ainda do princípio inquisitivo, que merecem ser extirpadas.

É dentro desse contexto, marcado pelas revoluções liberais no século XVIII, que se inicia, na época contemporânea e sob a inspiração do iluminismo, um processo de administração da justiça, reduzindo-se os traços inquisitivos nos procedimentos penais. Certamente, a Revolução Francesa de 1789 é um marco nesse período de transição, com a eclosão das idéias humanistas, criticando o modelo penal então vigente que tinha como finalidade, principalmente, a manutenção de uma ordem desigual, tendo o Poder Judiciário a função de garantir o Poder do Estado.

Foi assim que as modificações políticas repercutiram também no âmbito do processo penal, adotando-se um modelo mais pautado no sistema inglês, abolindo práticas arcaicas como a tortura, com predomínio da oralidade e da publicidade em detrimento da escrituração e do segredo, ascendendo a idéia de defesa *efetiva* do acusado. Ergia-se, desse modo, o sistema misto - também chamado de “formal acusatório” - marcado pela existência de duas fases distintas na persecução criminal: instrução e juízo.

Na primeira delas – instrução - o juiz atuava em uma espécie de fase investigatória, secretamente, averiguando a ocorrência do delito, bem como circunstâncias do crime e os aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, abrindo espaço para a deflagração efetiva da ação penal. À semelhança do que ocorre no inquérito policial, era marcada pela não participação do investigado no processo, pelo sigilo e ausência do contraditório.

Já na segunda fase – *juízo* – os atos eram realizados publicamente perante o júri ou um tribunal colegiado, sendo garantida a defesa, o debate entre as partes, a igualdade, e a paridade de armas.

Esse modelo se difundiu na Europa Continental, restando superado o sistema puramente inquisitório, com a ressalva que faz Frederico Marques no sentido de que:

“Vale acentuar que o júri, transplantado da Inglaterra para o continente europeu pela Revolução Francesa, exceto para Holanda e Dinamarca, não se adaptou aos costumes dos povos continentais, sendo abolido ou tendo sua competência paulatinamente reduzida, como na Alemanha e 1924, na Itália, em 1935 e 1951/1952, e na própria França, em 1941, onde foi substituído pelos escabinados” (MARQUES, Frederico. A Instituição do Júri, Campinas: Bookseller, 1997, pp. 20-21)

No sistema misto, vigente na Europa ao longo dos séculos XVIII e XIX, a ação penal era classificada, a depender da particularidade do Ordenamento Jurídico,

em pública, privada, ou popular, chegando a denúncia ao juízo de acusação após a fase instrutória, presidida pelo juiz.

Como visto, foi na França, após a Revolução Francesa, que ascendeu o sistema misto, tendo o processo penal evoluído desde 1808 com a edição do *Code d'instruction Criminelle*, que consolidou referido modelo processual. Há de se frisar que a estrutura de tipo misto foi reproduzida no atual *Code de Procédure Pénale*, que entrou em vigor em 1959 e perdura até os dias de hoje no ordenamento italiano.

A persecução penal na França é dividida em duas etapas: instrução e juízo. Na *instrução*, subdividida em “investigação preliminar” e “instrução probatória”, há a figura do *juiz instrutor* presidindo as investigações, atuando com certa liberdade e discricionariedade. Suas atribuições pertinem, basicamente, à colheita da prova. Na investigação preliminar (*l'enquête*), há uma tendência de se excluir a defesa e a publicidade dos atos.

Já na segunda fase – *juízo* – o magistrado que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que atuou na fase investigatória. Busca-se preservar a imparcialidade do juiz. É que a sua atuação na fase investigatória certamente traria uma mácula à imparcialidade na fase de julgamento, sendo este o motivo pelo qual os ordenamentos processuais buscam afastar o magistrado da fase inquisitiva, devendo o Judiciário atuar tão somente no que tange à tutela das liberdades públicas. Nessa etapa, são respeitados o contraditório, a ampla defesa e a publicidade. Fazendo uma análise do tema, assim se manifesta Walter Nunes:

“Em alguns países, com a clara preocupação de obviar a quebra da imparcialidade decorrente do juízo de instrução, a exemplo da França e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. No entanto, a circunstância de o juiz julgador ser diferente do juiz preparador (investigador) pode, é verdade, resolver ou minorar o impacto que tal atribuição representa à imparcialidade imprescindível de quem tem a missão de julgar o processo, porém não contorna a incongruência política e sistêmica que isso representa. Ademais, em nosso sistema, o Ministério Público tem toda a possibilidade de assumir essa função, o que é bem mais recomendável” (SILVA JÚNIOR,

Nesse contexto, exsurge o sistema acusatório, exatamente da necessidade de separar aquele que deduz a pretensão acusatória daquele que deve julgar a demanda penal, em respeito ao princípio do devido processo legal e em consonância com os preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Insta consignar que a doutrina faz uma diferenciação do que vem a ser o *sistema* acusatório e o *princípio* acusatório. O primeiro - sistema acusatório – é composto por um conjunto de normas e princípios fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, igualdade processual, todos ordenados e dispostos a partir do princípio principal, qual seja, o princípio acusatório. Já esse tem como fundamento essencial a existência de um embate entre o direito de defesa e a acusação, fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com faculdades, direitos, deveres e ônus, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem. Tratando acerca do tema, mais uma vez vejamos a lição de Walter Nunes da Silva Júnior:

“Note-se que a maioria dos doutrinadores, com muita propriedade, prefere falar em sistema inquisitivo, sistema misto e sistema acusatório, a falar, em princípio inquisitivo, princípio misto ou princípio acusatório, pois, na verdade, cada um deles representa um sistema processual distinto, com características determinantes, das quais resultam diversos princípios próprios à forma escolhida pelo legislador. Por isso mesmo, a simples mudança do sistema misto para o acusatório, não houve a simples alteração de um princípio específico do processo criminal, mas a transformação do paradigma mesmo do sistema processual, advindo daí as mais diversas conseqüências” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit.pg., 557).

São esses, portanto, os traços principais que marcam os sistemas inquisitivo e misto. Vejamos, agora, como se estrutura o sistema acusatório vigente em nosso ordenamento.

2.2. O Sistema Acusatório Brasileiro:

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Ação Penal Pública passou à titularidade exclusiva do Ministério Público, ressalvadas as hipóteses

da ação penal subsidiária da pública instaurada pelo ofendido, que se mostra como verdadeira exceção processual quando o membro do *parquet* queda inerte.

Em tal hipótese excepcional, a lei permite que o particular ajuíze a competente Ação Penal quando o Ministério Público, titular originário, atua com desídia, ou seja: não oferece a denúncia no prazo que lhe é assinalado; não requisita da autoridade policial novas diligências; ou tampouco promove o arquivamento do inquérito policial. É o que se infere do art. 29 do CPB e do art. 5º LIX da Constituição Federal, com vários precedentes do STJ e do STF nesse sentido.

Saliente-se que, se o membro do Ministério Público requer o arquivamento, não pode o ofendido intentar a ação subsidiária, já que inexistente inércia em tal caso.¹

A Ação Penal de iniciativa privada é criticada por parte da doutrina, dentre os quais podemos citar Eugênio Pacelli e Walter Nunes. Segundo tais processualistas, o processo penal deve ficar tão somente ao árbitro estatal, e não à discricionariedade do ofendido. Nesses casos, o particular está atuando como substituto processual do Estado, o que se mostra uma discrepância jurídica, já que é o Estado verdadeiro detentor do *jus puniendi*.

O fundamento básico que norteia a titularidade da Ação Privada é o fato de que, na persecução de tais crimes, haveria uma preponderância do interesse da vítima sobre o da coletividade, devendo determinados valores como a intimidade e

¹ “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL. QUEIXA-CRIME. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM NÃO CONFIGURADA. INÉRCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA CORRETAMENTE DEFLAGRADA PELA OFENDIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 29 DO CPP E 5º, LIX, DA CF. ORDEM DENEGADA.

1. A ação penal privada subsidiária da pública, disciplinada nos arts. 29 do Código de Processo Penal e 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, pode ser intentada tanto nos crimes que devam ser processados mediante ação penal pública condicionada como incondicionada, desde que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando o *parquet* deixar de oferecer a denúncia ou de requerer o arquivamento do inquérito ou, ainda, de solicitar diligências, dentro do prazo previsto pelo art. 46 do Código de Processo Penal.

2. Vislumbra-se, na hipótese, autêntica ação penal privada subsidiária da pública, corretamente deflagrada diante da inércia do Ministério Público, que não realizou nenhuma das três condutas acima referidas.

3. Ordem denegada.” (HC 46.959/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 18.12.2006)

privacidade da vítima preponderar sobre o direito estatal de punir o delito. Outrossim, se a própria vítima não tivesse interesse em levar em frente a demanda, o Ministério Público não teria elementos para satisfatoriamente impulsionar a ação penal.

Tais argumentos, contudo, não se sustentam. É que não se mostra admissível a assertiva de que determinadas normas penais tutelam preponderantemente o interesse público e outras o interesse particular. A intervenção do Direito Penal somente deve ocorrer quando os outros ramos do Direito não têm força para, por si, impor determinadas condutas positivas ou negativas, de sorte que todas as normas que tipificam um crime têm uma presunção intangível de que resguardam o interesse da coletividade, não podendo, desse modo, ficar nas mãos do particular. Ora, se a lesão a determinado bem jurídico é tão tênue que somente afeta a vítima, então não deve ser sancionada pelo Direito Penal.

Para afastar tal mácula, a doutrina aponta para que tais delitos passem ao poder estatal, mesmo que em forma de uma Ação Penal Pública Condicionada à representação do ofendido. Nesses termos, vejamos o que entende Pacelli acerca do tema:

“Impõe-se observar que não se pode pretender justificar a existência da ação privada ou o afastamento do Ministério Público da titularidade da Ação Penal, com base em uma suposta exclusividade do interesse individual atingido por ocasião das infrações penais a ela submetidas.

Em primeiro lugar, porque, diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, não há como aceitar a existência de qualquer norma penal incriminadora que não tenha por objeto da tutela de valores cuja proteção seja efetivamente exigida pela comunidade, isto é, que não se dirija a condutas socialmente reprováveis ou reprovadas. Assim, somente em razão da existência do tipo penal, já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta.

Em segundo lugar, porque a intervenção do Direito Penal somente se legitima enquanto *ultima ratio*, ou seja, quando insuficientes quaisquer outras formas de intervenção estatal no controle das ações nocivas ao corpo social e comunitário. Por isso, revelando seu caráter de subsidiariedade, a norma penal somente deve abranger condutas para as quais, previamente, outras modalidades de intervenção não se mostraram comprovadamente eficazes” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, P. 119)

Não obstante a questão da Ação Penal Privada, que se mostra como uma discrepância dentro do nosso ordenamento penal, podemos vislumbrar nitidamente o Sistema Acusatório a partir de uma interpretação sistemática do artigo. 129, I e artigo 5º, LIX da Carta Magna.² Aliada à questão da titularidade da Ação Penal Pública, agora incumbida a determinado órgão com exclusividade, o constituinte originário determinou a aplicação do contraditório nos processos judiciais e administrativos. É assim, através da exegese constitucional, que se chega à conclusão de que o princípio acusatório resta vigente na nossa ordem processual.

Não obstante a ascensão do princípio acusatório, há nítidos resquícios dos sistemas inquisitivo e misto na legislação brasileira. Dada a incongruência entre o que pretendeu estabelecer a Constituição e o que efetivamente resta positivado no Código de Processo Penal, há alguma dificuldade em se estruturar, de forma clara, o modelo acusatório brasileiro, senão vejamos:

Frise-se, primeiramente, que o Código de Processo Penal – elaborado sob a égide da Constituição Federal de 1937, tida como a mais retrógrada da nossa história constitucional – foi concebido com base em uma ideologia autoritária, que não acreditava nos preceitos democráticos, mas sim em um Estado forte e repressivo.

Desse modo, vários dispositivos legais entram em confronto com o que determina a Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente garantista, o que demanda do hermeneuta e do aplicador do Direito uma releitura de vários institutos processuais. Já outros dispositivos se mostram claramente revogados (não-recepcionados) pela Nova Ordem, como, por exemplo, a instauração da Ação Penal por

² Art. 129, I “São Funções Institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Art. 5º, LIX “será admitida ação privada nos crimes de Ação Pública, se essa não for intentada no prazo legal.”

portaria do Juiz ou da Autoridade Policial nos casos de contravenções penais.³ Acerca das origens históricas da nossa legislação processual, com precisão narra Pacelli:

“A perspectiva histórica que mais nos interessa, exatamente porque ainda hoje nos alcança, situa-se em meados do século passado, mais precisamente no ano de 1941, com a vigência do nosso ainda atual (quanto à vigência!) Código de Processo Penal. Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 30, do século passado, em pleno regime fascista, o nosso CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se vê da sua *Exposição de Motivos*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 5)

O *Estado Novo* foi implantado em 10 de novembro de 1937, mediante uma nova Constituição outorgada por Vargas, instaurando também uma nova ordem constitucional. Nesse período de exceção, sob a égide da Constituição de 37, foi lançado ao mundo jurídico, mediante Decreto-lei presidencial, o Código de Processo Penal. O diploma processual penal foi um retrato da influência autoritária do período, conforme observa Delmanto Júnior, citado por Julio B.J. Maier : “*o processo penal pode ser visto como o termômetro dos elementos democráticos e autoritários de uma nação*”

4

Como bem relatado por Fauzi Hassan Choukr⁵, a autonomia do direito processual penal brasileiro em relação ao direito português se operou com a Constituição de 1824, seguida pelo Código de Processo Penal do Império de 1832, diplomas que se revelaram liberais em sua época, adotando princípios básicos da dignidade da pessoa humana. Seguiram-se as constituições de 1891 e a de 1934, esta suplantada pelo advento do Estado-Novo e a elaboração de uma nova carta outorgada em 1937, encomendada por Getúlio Vargas ao jurista Francisco Campos.

³ Código de Processo Penal. Art. 531 - O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Desconsideração prévia da culpabilidade e presunção de inocência”. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.º. 70/Ed. Esp., set. 1998, pp. 18-19.

⁵ Choukr, Fauzi Hassan. In: Maier, Julio; Ambos, Kai; Woischnik, Jan (Coord.) *Las Reformas Processuales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 200, p. 123 e ss.

Desenvolvendo uma linha de pensamento acerca da gênese do nosso ordenamento processual penal, Walter Nunes da Silva Junior leciona que “o *então Ministro da Justiça do Brasil, o jurista Francisco Campos, que nutria simpatia pelo regime totalitário italiano, fez-se presente, a todo momento, no trabalho de elaboração do Código de Processo Penal, assim como já havia ocorrido em relação ao Código Penal.*”⁶.

Há de se salientar que o referido autor separa um capítulo de sua obra intitulado “o viés político-filosófico-repressivo do Código de Processo Penal de 1941, instrumento adequado para o Estado ditatorial forjado com o golpe de 1937”, em que são narrados os bastidores da edição e promulgação do diploma legislativo, restando inequívoca a presença dos ideais totalitários no processo de criação do CPP.

O processo criminal necessita ser relido sob a lente dos preceitos consubstanciados na Constituição Federal de 1988, de acordo com a concepção de que ele não é mais orientado pelo sistema inquisitivo ou misto, mas sim pelo acusatório. Assim, no sistema inquisitivo, e até mesmo no misto, a pretensão acusatória recebia um tratamento privilegiado frente ao direito de defesa, já que nem se falava em uma lide propriamente dita. Já no sistema acusatório, pode-se falar sim em lide, em pretensões diversas, em paridade de armas, em respeito à efetiva defesa por meio do contraditório. São esses os preceitos que devem ser observados.

É comum afirmar que o sistema brasileiro é acusatório. Tal assertiva se baseia, basicamente, em dois fundamentos: primeiro, o juiz não pode iniciar o processo penal, ou seja, o Judiciário somente se manifesta após a provocação da acusação; em segundo lugar, há a necessidade do respeito ao contraditório e à ampla defesa. Vejamos, contudo, as heranças dos sistemas inquisitivo e misto que ainda se encontram impregnados no nosso ordenamento processual, mormente no que tange à produção das provas.

⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Op. Cit. p. 149.

2.3. Resquícios dos sistemas inquisitivo e misto no Código de Processo Penal:

Até mesmo no plano simbólico, vemos a presença ainda da figura do acusador-inquisitivo no processo penal. É que os membros do Ministério Público têm a prerrogativa funcional de se sentar à direita do juiz ou do presidente do órgão colegiado nas audiências de instrução, colocando-o em uma posição, pelo menos aparentemente, de superioridade.

Assim, o acusado vê na audiência o Ministério Público, órgão com quem litiga, ao lado do órgão que lhe irá julgar – o juiz. Cria-se uma imagem de superioridade da Acusação frente à Defesa, o que se mostra incongruente com o sistema acusatório, em que o Ministério Público é tão parte quanto a defesa, não devendo ter nenhum destaque frente ao acusado.

Autor e réu deveriam se sentar à mesa de audiência, como se faz no processo civil, denotando uma imagem de paridade, retratando a figura triangular do processo, devendo o juiz ficar equidistante das partes. Não obstante, o STJ, no RHC 13.720/SP⁷, manifestou-se pela inexistência de qualquer constrangimento ilegal a referida disposição das partes na audiência criminal.

Como visto, o sistema acusatório tem como premissa básica a separação das funções de julgar, acusar e defender. Mas não basta a separação inicial: deve ela ser mantida em todo o processo penal, bem como na fase pré-processual, não podendo o juiz atuar como se acusação fosse.

⁷ RHC 13.720/SP. 5ª Turma. Relator Gilson Dipp “O fato de o defensor do réu não estar sentado ao lado do Juiz Presidente, por ocasião do julgamento da sessão plenária do Tribunal do Júri, não configura constrangimento à liberdade de ir e vir. O posicionamento do Ministério Público, que se coloca sentado ao lado do Magistrado Presidente do Tribunal do Júri decorre da Lei nº. 8625/1993, não significando superioridade em relação ao defensor”.

Limitaremos a analisar a influência dos sistemas *formal acusatório* e *misto* no processo de produção das provas, seja na fase inquisitorial, seja na instrução processual em si, haja vista a pertinência temática com o objeto do presente trabalho.

No que tange ao tema da produção das provas, é premissa básica a vedação ao juízo de instrução. Assim deve se nortear a atuação do Poder Judiciário. É que quanto mais o juiz recebe poderes instrutórios, maior será o perigo do comprometimento de sua imparcialidade. Fica a cargo das partes - acusação e defesa - trazer as provas para que o juiz as valores e, por fim, decida. O juiz deve ser um juiz, um árbitro imparcial, e não parte.

Não se pode conceber um juiz com poderes de gestão das provas no atual paradigma constitucional, pois “*quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador*”⁸, nas palavras de Geraldo Prado.

A busca da verdade real é um verdadeiro axioma dentro do processo penal. Em nome dele se outorga ao juiz fortes poderes na colheita da prova, bem como na condução do inquérito, colocando-o como sujeito privilegiado e as partes como sujeitos auxiliares, tudo isso em busca dessa *verdade*. Nesses termos, o professor Luís Fernando Camargo de Barros Vidal⁹ faz uma análise da atuação dos sujeitos processuais nesse processo de impulso à verdade:

“Causaria espanto afirmar que o juiz não tem o compromisso com a verdade, ainda que subjetiva e ingenuamente ele se mova nesse sentido. Já não causaria o mesmo espanto afirmar que as partes não se movem em função desse compromisso, e menos espanto ainda causaria afirmar que a *defesa* e o acusado agem contrariamente a isso. Nenhum dos sujeitos, e portanto neles incluído o juiz, está comprometido com a verdade real.”

⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional da Lei Processual Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2001. p. 158.

⁹ BARROS VIDAL, Luis Fernando Camargo de. Boletim IBCCRIM – Ano 12 – n°. 139 – Junho 2004 “*Notas sobre o inquérito policial, o juiz e a verdade real*”.

Façamos uma análise, primeiramente, da atuação do Judiciário no inquérito policial, para depois fazermos um estudo do art. 156 do CPP, que trata do ônus da prova no processo penal em si.

É inegável o valor probante, e não meramente informativo, dos elementos colhidos no curso do inquérito policial, matéria que nos ateremos a analisar mais à frente em um tópico específico dedicado ao assunto do valor probante do inquérito policial. Por ora, partiremos da premissa de que o inquérito pode trazer informações, fatos e provas hábeis a sustentar uma futura condenação. São nesses termos que se deve delimitar a atuação do órgão julgador no inquérito, senão vejamos:

Como consequência do princípio acusatório, buscando-se preservar a imparcialidade e a isonomia, resta vedado ao Poder Judiciário o desempenho da atividade investigatória na fase pré-processual, somente devendo atuar, nessa etapa, para resolver sobre a adoção de medidas ou produção de provas que sejam limitadas por lei ou pela Constituição Federal.

O inquérito é presidido pela Autoridade Policial, devendo os autos serem remetidos ao Ministério Público a fim de acompanhar as investigações, requerer novas diligências, apresentar a respectiva denúncia, ou promover o arquivamento do inquérito. O Poder Judiciário somente deve se manifestar na tutela das liberdades públicas. Nesses termos, vejamos mais uma vez o magistério de Pacelli:

“O juiz, nesta fase (inquérito policial), deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional” (OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. Op. cit. P. 31)

Desse modo deveria se pautar a atuação do Poder Judiciário, na fase inquisitiva, manifestando-se somente de acordo com os imperativos legais e constitucionais, ou seja, quando for necessária a quebra de um sigilo fiscal e bancário, uma busca e apreensão, interceptação telefônica e outros direitos fundamentais que se

mostram resguardados pela “*reserva de jurisdição*”. Ocorre que a prática se mostra destoante de como deveria se pautar a atuação das partes no processo penal.

No dia a dia forense, o inquérito policial, depois de instaurado, tramita sucessivamente da Vara à Autoridade Policial, sendo o Ministério Público meramente ouvido para se manifestar em determinados casos que o órgão jurisdicional “julga” serem importantes. Há uma verdadeira inversão: o Ministério Público, titular exclusivo da Ação Penal Pública, a quem as investigações são por fim dirigidas, resta como órgão meramente opinativo no inquérito, que acaba sendo conduzido efetivamente pelo órgão jurisdicional.

Quem também decide pelo arquivamento dos autos inquisitoriais é o Poder Judiciário. O Ministério Público se limita a requerer tal diligência. O fundamento para tanto é que o juiz seria o fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

É verdade que, quanto a esse ponto, o poder do juiz resta por fim mitigado, haja vista que a última palavra quanto ao arquivamento será dada pelo membro Ministério Público, qual seja o Procurador Geral de Justiça (no âmbito estadual) e pelas Câmaras de Coordenação e Revisão Criminal (no âmbito federal). É o que se extrai do art. 38 do Código de Processo Penal. De toda sorte, deveria o inquérito policial ser, desde a primeira oportunidade, arquivado pelo Ministério Público, e não pelo magistrado.

Até mesmo a decisão da dilação do prazo para conclusão do inquérito, que seria um ato meramente ordinatório de impulso das investigações, fica a cargo do Poder Judiciário, consoante estabelece o art. 10, §3º do CPP.¹⁰

¹⁰ Art. 10 - O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 3º - Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Observa-se que, na prática, o juiz ainda resta com amplos poderes de condução do inquérito, o que se mostra como verdadeira mácula à sua imparcialidade, já que o magistrado participa ativamente da investigação e depois irá julgar com base em tais dados que são colhidos sem o crivo do contraditório. Ao nosso ver de forma acertada, na França, como visto, o órgão jurisdicional que atua na fase pré-processual é diferente daquele que atuará no processo penal.

O magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em substituição à autoridade policial ou ao Ministério Público. Não se mostra razoável também que o juiz atue ao lado do Ministério Público na coleta dos elementos no inquérito para que este ofereça a ação penal que vai ser julgada, por fim, pelo próprio Poder Judiciário.

Analisando as conseqüências da indevida intervenção do juiz na fase pré-processual assevera Walter Nunes que *“Estudos de psicologia judiciária demonstram que o juiz – mesmo que inconscientemente – vincula-se ao que foi descoberto com as investigações feitas por ele, o que compromete a sua isenção na avaliação das provas pertinentes à elucidação do caso”*.¹¹

Nos mesmos termos, partindo da premissa de que a participação do juiz na colheita da prova vulnera a sua imparcialidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº. 9.034, de 1995¹², na ADI 1517/DF.¹³

¹¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit. p. 588

¹² Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça

¹³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

Referido dispositivo legal permitia que o juiz realizasse diligências por si só na colheita de dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais nos crimes praticados por organizações criminosas.

Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa discorreu sobre a figura do Juiz de instrução e o sistema acusatório:

"10. O dispositivo em questão parece ter criado a figura de Juiz de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se. Não se trata, como sustentam as informações do Ministério da Justiça submetidas ao Advogado-Geral da União (fl.104), de simples participação do Juiz na coleta de prova, tal como ocorre na inspeção judicial (CPC, artigos 440 e 443). Nessa última hipótese, as partes têm direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos que repute de interesse para a causa (CPC, artigo 442, parágrafo único). Já no caso em exame, as partes têm acesso somente ao auto de diligência, já formado sem sua interferência." E mais à frente, "em verdade, a legislação atribuiu ao Juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2 e 144, § 1, I e IV e § 4). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda atuação de ofício do órgão julgador".

Sendo nosso sistema acusatório, resta vedada ao juiz a função de coletar no inquérito provas que são do interesse do Ministério Público. Foi partindo desse pressuposto que o STF também se manifestou no julgamento do RHC 84903/RN, que trata da tramitação do inquérito policial quando o investigado é detentor de prerrogativa de foro.

No caso, o Supremo chegou à conclusão de que "*competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária*", bem como que "*a remessa do inquérito policial em curso ao*

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1517, Rel. Min. Maurício Correa, julgamento em 12.02.2004. grifo nosso)

tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações".

Assim, mesmo nos casos em que determinado sujeito tem foro privilegiado, o inquérito será presidido pela autoridade policial com atribuição para tanto, e não pelo magistrado. O inquérito somente será remetido ao Judiciário – no caso, ao órgão jurisdicional competente para conhecer e julgar a demanda em razão da prerrogativa de foro do indiciado/suspeito – para as medidas necessárias.

Partindo a uma análise da colheita da provas - agora na fase de instrução processual em si - vejamos o que determina o art. 156 do Código de Processo Penal¹⁴, que regulamenta a produção de prova no processo penal. Tal dispositivo merece, como veremos, uma nova releitura de acordo com os princípios derivados do sistema acusatório, já que a norma traz consigo fortes traços inquisitórios.

O artigo 156, primeira parte, deixa às partes o *ônus probandi*, eis que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, mas em seguida desmente-se na sua segunda parte ao prescrever que “o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Tal norma confere ao magistrado amplos poderes instrutórios. Residiria em tal norma a iniciativa probatória que se defere ao juiz.

Como visto, a principal característica do sistema inquisitivo é a concentração do poder nas mãos do julgador, ou seja, nesse sistema o juiz detém a gestão da prova. O acusado é mero objeto da investigação. Por outro lado, no sistema

¹⁴ **Art. 156** - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

acusatório a gestão das provas não está nas mãos do juiz, mas sim das partes. O Judiciário deve aplicar o direito ao caso concreto com base exclusivamente nas provas apresentadas pelas partes – defesa e acusação.

A faculdade legal conferida ao julgador de determinar de ofício diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante não encontra razão de ser, malferindo o devido processo legal, já que a tarefa de acusar foi atribuída constitucionalmente ao Ministério Público. Não é razoável que alguém que não seja parte da relação processual determine a realização de diligências para, por fim, formar sua convicção.

A incumbência de buscar a prova não é do magistrado, e sim das partes. Ao atuar de ofício, o magistrado está violando a estrutura acusatória e a separação de funções.

Buscando compatibilizar a norma contida no art. 156 do CPP com o sistema acusatório vigente, Pacelli¹⁵ defende a construção de uma linha divisória entre o que seja a *iniciativa probatória* e a *iniciativa acusatória* do juiz penal. Nessa última hipótese, o magistrado estaria atuando na formação das provas em substituição do órgão de acusação, usurpando um ônus processual que é próprio do Ministério Público, o que seria vedado pelo nosso sistema processual. Para o autor, contudo, seria permitido ao juiz requerer a produção das provas de ofício quando vislumbrada a inocência do réu. Para o doutrinador, somente assim seria possível a atuação do magistrado de ofício na produção das provas em prol do acusado.

Nesses termos, Paulo Rangel estabelece que “*se o Ministério Público não lograr êxito em provar a acusação que fez em sua peça exordial, o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu*”.¹⁶ Isso não quer dizer que a

¹⁵ PACELLI, pg. 333

¹⁶ RANGEL, Paulo. “o juiz garantista”, disponível em http://www.direitodeliberdade.com.br/juiz_garantista.doc

Acusação tem o dever de provar todos os elementos que integram o crime, sob sua perspectiva analítica, quais sejam: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Primeiramente, a análise da tipicidade e ilicitude dos fatos não dizem respeito à matéria de prova. Cuida-se, em verdade, de mero juízo de abstração, de valoração do fato em relação à norma penal. Já quanto à culpabilidade, mais especificamente no que tange à imputabilidade do agente, a questão pode até exigir prova, mas não é necessário que a Acusação demonstre, em todas as Ações Penais que intente, que o acusado é sujeito capaz e mentalmente são. Vejamos o que diz acerca do tema Pacelli:

“Parte-se da presunção legal de que as pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam efetivamente capazes. Por isso, conforme veremos, até a citação do incapaz, de cuja incapacidade não se tem ainda notícia, é feita pessoalmente. Havendo, porém, quaisquer indícios de se tratar de acusado portador de alguma enfermidade, deverá o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado (art. 149, CPP), requerer o exame de insanidade mental” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 331-332)

Por fim, o que cabe efetivamente à Acusação provar é a materialidade dos fatos e sua autoria, não lhe sendo imposto o dever, *a priori*, de demonstrar os elementos morfológicos do crime, como a tipicidade, culpabilidade e a ilicitude.

A busca da verdade material não pode se mostrar como fundamento à aplicação irrestrita da norma contida no art. 156 do CPP a ponto de conferir essa ampla iniciativa probante do juiz. É que tal princípio deve ser visto e aplicado com temperança, sob pena de justificar a disseminação de uma cultura inquisitiva, buscando-se uma *verdade* a qualquer custo. Foi com base no dogma da verdade real que, durante a Idade Média e sob a égide do sistema inquisitório, legitimou-se a tortura e outras práticas arbitrárias como meio de se obter a confissão do acusado.

3. O INQUÉRITO POLICIAL E O CONTRADITÓRIO:

3.1. Natureza e Finalidade do Inquérito Policial:

Via de regra, consumado um delito, incumbe ao Estado, por meio da polícia judiciária, apurar o crime com todas as suas circunstâncias e esclarecer todos os fatos que lhe dizem respeito. A fase investigativa, assim, tem uma natureza administrativa, realizada antes da provocação da jurisdição penal.

A persecução penal, no Brasil, quando houver crime de ação penal pública incondicionada, nortear-se-á basicamente pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. É o que se extrai do art. 5º do Código de Processo Penal. Isso já que o tempo verbal do núcleo da norma é o futuro do imperativo, estabelecendo que *“nos crimes de ação pública o inquérito será iniciado(...)”*.

Como consequência, não tem a autoridade policial nenhuma discricionariedade na instauração do procedimento. O poder exercido é plenamente vinculado. O único pressuposto que deve ser observado é a ocorrência de um fato típico, tanto sob o âmbito formal como material. Assim, se determinada conduta for tão somente formalmente típica, ou seja, se subsumir a uma norma penal incriminadora, mas não malferir efetivamente um bem jurídico tutelado, não há de se falar em tipicidade, nem, conseqüentemente, em crime. É o que determina o princípio da ofensividade.

Os demais elementos do delito, como a antijuridicidade e a culpabilidade, serão valorados em um segundo momento pela Acusação quando for oferecer a denúncia, bem como pelo juiz quando for recebê-la. Não compete à polícia analisar tais elementos para decidir se deve ou não iniciar o procedimento.

Os dados contidos no inquérito, bem como as manifestações exaradas pela Autoridade Policial, não devem emitir juízos de valor, pautando-se na estrita formalidade. Deve sim relatar os fatos, com a maior objetividade possível. Não obstante, há vozes na doutrina que defendem que a Autoridade Policial pode, por fim em seu relatório, manifestar-se acerca do fato típico em si, analisando se houve ou não a culpabilidade do agente, conduta lesiva, nexos de causalidade e resultado.

Em suma, presente a tipicidade em seus dois aspectos – formal e substancial – a instauração do inquérito resta impositiva nos crimes de Ação Penal Pública incondicionada.

Patente também que os atos praticados no curso do inquérito são espécies de *atos administrativos*, devendo respeitar os seus pressupostos básicos de validade. Contudo, não obstante as disposições sobre a competência das autoridades policiais, tem-se entendido que a falta de atribuição destas não invalida os seus atos, ainda que se trate de prisão em flagrante, pois, não exercendo a Polícia atividade jurisdicional, não se submete ela à competência jurisdicional *ratione loci*.¹⁷

A Constituição, em nenhum momento, prevê o direito do suspeito de ser investigado pela autoridade policial previamente estabelecida e imparcial, tal qual o fez em relação aos magistrados (art. 5º LIII). Parte da doutrina também fala no princípio do

¹⁷ AUTORIDADE DE OUTRA CIRCUNSCRIÇÃO (STF): “Ao expressar que a polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições (*rectiu*: circunscrição), o art. 4º do Código de Processo Penal não impede que a autoridade policial de uma circunscrição (Estado ou Município) investigue os fatos criminosos que, praticados em outra, hajam repercutido na de sua competência, pois os atos de investigações, por serem inquisitórios, não se acham abrangidos pela regra do art. 153 § 12 da Constituição, segundo a qual só *autoridade competente* pode julgar o réu” (RTJ 82/118)

“promotor natural”. Contudo, não há dispositivo constitucional similar aplicável à polícia, de sorte que não se pode falar em vício no inquérito por razão do mesmo ter sido presidido por delegado que não tinha, *a priori*, atribuição funcional para tanto.¹⁸

Frise-se também que a jurisprudência é firme no sentido de que eventual nulidade constatada na referida etapa não é hábil a contaminar uma Ação Penal já instaurada.¹⁹ É que a persecução penal tem duas fases bem distintas em nosso ordenamento jurídico: inquérito e processo penal. Nas duas o ministério público atua ativamente, seja exercendo o controle externo da atividade policial, seja como titular da Ação Penal Pública. Assim, não se deve falar em contaminação da ação penal (processo judicial) em face de ter ocorrido vício de legalidade no curso do inquérito, pois tratam-se de fases distintas, com disciplinas próprias.

Não obstante tais ponderações, o inquérito é um procedimento composto por um conjunto de atos administrativos, devendo ser respeitada a legalidade. Nesses termos, vejamos a lição de César Peres:²⁰

“Qualquer procedimento contra o cidadão, levado a efeito nas delegacias de polícia – mesmo a mera intimação para depor como testemunha, posto que esta gera uma obrigação – fora de um regular e convenientemente instaurado inquérito policial, é ilegal e, como tal, merece ser repudiada e conduzida ao crivo dos órgãos competentes.”

Nosso Código de Processo Penal não traz uma conceituação do que venha a ser o inquérito, ou tampouco o seu objeto, que é exatamente a investigação

¹⁸ Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 6418-PR, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU, 23 de março de 1998; STJ, 6ª Turma, RHC 7268-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 4 de maio de 1998, p. 207.

¹⁹ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITOS DE HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE AGUARDAR SOLTO A REALIZAÇÃO DO JÚRI PREJUDICADO. EVENTUAIS VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL.

1. Com a superveniência de sentença condenatória, resta prejudicado o pedido de aguardar solto a realização do Júri.
2. *Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o Inquérito Policial peça meramente informativa e não probatória, que tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal.*

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado

HC47960/RJ HABEAS CORPUS 2005/0153769-9

²⁰ PERES, César. Boletim IBCCRIM. Ano 12. nº. 139. Junho 2004 “Inquérito Policial: ato discricionário ou vinculado”

criminal. Nesses termos, vejamos o conceito dado no Código de Processo Penal Português, que é bem claro nesse sentido e plenamente aplicável ao modelo brasileiro, definindo que “O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre acusação” (CPP português – art. 262, item 1.)

Em respeito ao princípio acusatório, como exhaustivamente se ressaltou nesse trabalho, o magistrado nessa fase deve se manter absolutamente alheio à atuação dos órgãos de polícia judiciária, somente devendo se manifestar quando a Constituição ou a lei assim determinar. É que, no inquérito, o controle da atuação policial é dever constitucional imposto ao Ministério Público, nos termos do art. 129, VII²¹ da Constituição Federal.

O controle exercido pelo Ministério Público certamente não pode acarretar uma ingerência nos assuntos *interna corporis* da polícia, nem mesmo em uma subordinação hierárquica, mas sim um controle de legalidade dos atos praticados nas diligências investigatórias.

E são nesses termos que Paulo Rangel estabelece que “a regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao sistema acusatório, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é endereçada a *persecutio criminis*, afastando o juiz de qualquer ingerência na colheita de provas”²²

Há de se ressaltar que o inquérito não é absolutamente indispensável à propositura da Ação Penal, podendo a acusação formar seu convencimento a partir de outros elementos probantes. É dever da acusação, ao iniciar a jurisdição penal, demonstrar a *justa causa*, que pode ser embasada por meio dos dados colhidos na

²¹ **Art. 129** - São funções institucionais do Ministério Público: (...) **VII** - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

²² RANGEL, Paulo. Curso de Direito Processual. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2004 .p. 95.

investigação policial. Acontece que, como sobredito, a justa causa pode ser auferida a partir de outras peças de informações.

Ao conceituar o inquérito, a doutrina é uníssona em trazer também como característica o seu valor informativo a fim de se instaurar futura Ação Penal. Acontece que, ao estabelecer que os dados colhidos na fase inquisitorial têm valor “meramente informativo”, acaba-se por diminuir, senão retirar, o valor dos dados colhidos no seu curso.

Acontece que a investigação criminal é a base de toda a persecução criminal. A fase investigativa ainda exerce forte influência na Judicial. Na prática, há uma verdadeira intromissão dos elementos de informações coletados durante a investigação na atividade jurisdicional em si.

Existem provas colhidas em tal etapa que não poderão ser repetidas em juízo, principalmente nos crimes que deixam vestígios. É que, deixando vestígios a infração, a materialidade do delito e a extensão de suas conseqüências deverão ser objeto de perícia, a ser realizada *diretamente* sobre o objeto material do crime – o corpo de delito. Somente quando há o desaparecimento do vestígio é que a perícia deve ser realizada de modo indireto, ou seja, a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos acerca do corpo, por meio de um processo dedutivo.

Claro que a perícia direta traz certezas mais sólidas do que a indireta. Há de indagar, portanto: uma perícia direta realizada no inquérito pela autoridade policial no curso das investigações, sendo ela a prova principal da materialidade de um determinado crime, deve servir tão só a embasar uma justa causa para a eventual propositura de uma ação penal, mesmo quando tais vestígios somem? A resposta negativa se impõe. Portanto, não se pode conceber o inquérito policial como peça meramente informativa, dado seu possível valor probante. Nesses termos, vejamos a questão do direito de defesa do investigado na etapa inquisitiva.

3.2. Inquérito Policial, Direito de Defesa e Contraditório:

Primeiramente, faz-se necessário traçar os contornos do princípio do contraditório, buscando revelar seu significado e importância, para, em um segundo momento, averiguar-se se, bem como em que circunstâncias, essa garantia deve ser assegurada no inquérito policial.

O contraditório é previsto no nosso ordenamento jurídico, em nível constitucional, no inciso LV²³ do art. 5º da CF/88, que assegura aos litigantes, tanto no processo judicial como no administrativo, a ampla defesa, o contraditório, bem como os recursos a eles inerentes. Vale ressaltar que tal garantia também tem previsão, ainda que indireta, na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949), em seu art. X.²⁴

Sua finalidade é a busca do direito de igualdade no processo, devendo as partes ter ciência de todos os atos processuais, podendo neles se manifestar a fim de influenciar na decisão final. Tem como pressupostos a paridade de armas e a imparcialidade do julgador. O próprio direito de ação e o direito de defesa constituem manifestações do princípio do contraditório, que constitui, nas palavras de Calamandrei *“a força motriz do processo, o seu princípio fundamental”*.²⁵

De forma geral, sem qualquer dissenso doutrinário, até a promulgação da Constituição de 1988, era pacífico o entendimento de não se admitir o contraditório na fase investigativa, dada a sua natureza e finalidade. Contudo, tal quadro alterou-se após a nova ordem constitucional.

²³ Constituição Federal. Art. 5º, 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;

²⁴ Declaração dos Direitos do Homem (Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v.I, p. 618 e ss.

Ocorre que, como sobredito, a Constituição Federal estabeleceu novas garantias aos processos administrativos em geral, em um movimento de jurisdicionalização de tais procedimentos, com a inserção do “devido processo legal” no seu âmbito, bem como todos os outros princípios dele decorrentes. Deflagrou-se, assim, uma corrente interpretativa que busca inserir, dentro da investigação criminal, a garantia do contraditório.

Foi nesses termos, em consonância com a judicialização dos procedimentos administrativos, que o STJ editou a súmula 343, afirmando que é nulo o processo administrativo realizado sem a presença do advogado.

Ocorre que recentemente o STF, divergindo do posicionamento do STJ, editou a súmula vinculante de número 6, que preceitua que *“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”*. Referida decisão teve um caráter eminentemente político, visando impedir a avalanche de ações de revisão de processos administrativos que tinham sido realizados sem a presença da defesa técnica. Sob a ótica constitucional, a posição do STJ deve prevalecer, já que busca resguardar o efetivo contraditório nos julgamentos administrativos, atendendo, portanto, o mandamento constitucional.

Se, para a fase processual, dúvida não resta quanto à necessidade da existência do contraditório, sedimentado na comunhão do binômio ciência e participação e intimamente ligado à questão da produção das provas e do juízo natural, resta saber se tal princípio é ou não aplicável na etapa preparatória ao exercício da Ação Penal.

Tradicionalmente, a investigação preliminar é encarada como uma etapa administrativa, cuja finalidade é fornecer elementos para o legitimado propor a competente ação penal. Consolidou-se, assim, o entendimento de que o inquérito não passa de peça administrativa que exhibe tão-só atos de investigação, posição essa que não pode mais se sustentar. É que uma vez tratada como mera peça de cunho

informativo, o contraditório nunca foi admitido, como bem estabelece Frederico Marques²⁶ - ferrenho defensor da inaplicabilidade do contraditório em tal fase - no sentido de que *“a investigação policial, ou o inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado”* .

Não obstante tal posicionamento tradicional, alguns progressos em direção ao reconhecimento do direito de defesa na persecução penal prévia vem sendo aos poucos efetuados, como, por exemplo, o direito ao silêncio, o habeas corpus e o mandado de segurança utilizado para trancar o inquérito, o pedido de relaxamento de prisão e liberdade provisória.

Parte da doutrina ainda levanta a extensão do direito do investigado a ser acompanhado por seu advogado no interrogatório prestado no inquérito policial, à luz de uma interpretação extensiva do novo art. 185 do CPP, alterado pela Lei nº. 10.792/03. Tudo isso é, certamente, uma manifestação do exercício do direito de defesa do investigado.

Vejamos em primeiro lugar a questão da possibilidade de acesso ao inquérito por parte dos interessados. É que, como visto, o contraditório tem como pressuposto básico a ciência dos atos para que, assim, passa a parte se manifestar e exercer sua defesa plenamente.

A partir da convergência de indícios de autoria de determinado sujeito investigado, a autoridade policial pode efetuar seu indiciamento. O ato de indiciar vem tão só de uma convicção da autoridade policial e, na prática, raramente é motivado, já que não existe na legislação processual um rito pré-estabelecido para tanto. Eis então o porque, nas palavras de Fauzi Hassan Choukr²⁷, *“o ato de indiciamento constitui uma das grandes incógnitas da estrutura preparatória do exercício de ação no direito*

²⁶ MARQUES, Frederico. Elementos de direito processual. V. 4. São Paulo: Saraiva. ., pp. 83 e ss.

²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na investigação criminal. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris. p. 165.

brasileiro". Referido autor se posiciona no sentido de que o indiciamento é um ato inócuo, sem qualquer repercussões endoprocessuais, e que traz um constrangimento desarazado ao investigado.

A verdade é que a condição de indiciado confere ao sujeito alguns direitos, qual o de requerer diligências para esclarecimento da verdade²⁸, bem como o de ficar em silêncio quando inquirido. Nesses termos, também terá, via de regra, acesso aos autos do inquérito, salvo em situações em que se exige a manutenção do segredo, sob pena de inviabilizar-se a própria diligência investigativa. Assim, por exemplo, no caso de interceptação telefônica em andamento, não é razoável que se permita o conhecimento desta medida enquanto ela estiver sendo produzida.

Embora o art. 20 do Código de Processo Penal disponha que a autoridade policial deverá assegurar o sigilo do inquérito para o bom andamento das investigações em busca da elucidação dos fatos ou para o interesse da sociedade, tal sigilo não deve ser estendido ao indiciado ou ao seu advogado constituído, no que diz respeito às diligências já realizadas pela autoridade policial, em respeito ao seu direito de defesa, previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

A corrente doutrinária que defende ter o inquérito policial uma finalidade também instrutória, e não meramente investigatória, divide os atos praticados no decorrer do referido procedimento em atos investigatórios e atos instrutórios, assim conceituados por Marta Saad:

"A investigação criminal é a pesquisa sistemática e seqüente do objeto, utilizando os meios de apoios técnicos disponíveis, e desenvolve-se pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis.

Assim, no inquérito policial, são atos de investigação aqueles de procura do delito e seu autor, co-autor ou partícipe, tais como providências e diligências tomadas pela autoridade policial tão logo tenha notícia de infração penal, preservando o local do crime, sondando testemunhas, procurando vestígios da

²⁸ **Art. 14** - O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

infração. A autoridade, nesse momento, indaga, rastreia; pratica, tão só, atos de indagação.

Instrução criminal, por outro lado, vem do verbo latino *instruere*, que significa 'erigir, construir, preparar, prover. Instrução é aquisição ou transmissão de conhecimentos'. Instrução criminal é 'o conjunto dos atos praticados a fim de aparelhar o juiz para julgar. Especialmente, são atos de instrução os probatórios e os periciais'. A instrução consiste em atividade tendente a produzir prova do fato criminado, comunicando-o ao Judiciário. Assim, a autoridade policial, tão logo informada e obtendo algum meio de prova, trata de reduzir a escrito o resultado das investigações, nos autos do inquérito policial, com a finalidade precípua de instruir a autoridade judicial, porque 'instruir consiste em dar conhecimento'. A investigação bem sucedida muitas vezes leva a atos de instrução, tudo dependendo da maior ou menor inquisitividade que o direito dê a quem dirige essa fase procedimental da persecução. Com a redução a escrito da diligência efetuada, passa-se, então, da investigação à instrução. (...)" (SAAD, Marta. O Direito de Defesa no Inquérito Policial, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 166).

A fim de não prejudicar o êxito das diligências e investigações, bem como com o escopo de se preservar o direito do indiciado a ter ciência dos fatos, seria necessário que a parte da investigação, cujo êxito dependeria do sigilo, fosse efetivada através de autos apartados, a exemplo do que ocorre na interceptação telefônica. Após o êxito da diligência, os autos apartados deverão ser apensados aos principais, franqueando acesso aos interessados. Nesses termos vejamos o magistério de Luis Flávio Gomes:

"A autuação em apartado de todo o procedimento da interceptação (prévio ou incidental, conforme ocorra na fase policial ou judicial) tem, assim, o escopo de facilitar a preservação do sigilo, que é útil e necessário seja para o Poder Público (no instante da colheita da prova), seja para o investigado e terceiros que se comunicaram com ele (tutela da privacidade e intimidade)" (CERVINI, Raul, GOMES, Luis Flávio. Interceptação Telefônica. RT, 1997, p. 226;)

Pode-se concluir, portanto, que os atos investigatórios que ainda estejam sendo executados pela autoridade policial, e, portanto, não foram objeto de redução a termo nos autos do inquérito, não só podem, como devem ser protegidos pelo sigilo, para que se assegure a efetividade da busca pela elucidação do fato tido por ilícito.

Todavia, em respeito ao direito de defesa, que se estende ao indiciado em inquérito policial ou ao seu advogado constituído, não se pode vedar o acesso aos atos já reduzidos a termo e juntados aos autos do inquérito, mormente porque se trata de

prerrogativa prevista no art. 7º, XIV da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), estabelecendo ser um dos direitos do advogado “*examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos*”.

É que, em respeito ao modelo acusatório, a persecução criminal há de ser pública, salvo nos casos de sigilação, e esta nunca deve alcançar a parte ou seu procurador.

Quanto ao acesso do inquérito ao indiciado, resta pacífico o entendimento de que o mesmo tem verdadeiro direito subjetivo a ter ciência do que está sendo investigado ao seu respeito, observando as restrições das diligências sigilosas em andamento. Referido entendimento resta plenamente sufragado pela jurisprudência nacional.²⁹

Nesses termos, destaca-se a decisão proferida pelo STF no julgamento do HC n.º. 82.354, garantindo à defesa do indiciado o direito de vista dos autos do inquérito policial antes da inquirição do acusado, mesmo quando o mesmo tramita em regime de sigilo. Vejamos o trecho do voto de Celso de Melo, relator do citado habeas corpus:

“O caso ora em exame põe em evidência uma situação que não pode ocorrer, nem continuar ocorrendo, pois a tramitação de procedimento investigatório em regime de sigilo, ainda que se cuide de hipótese de repressão à criminalidade organizada (Lei nº 9.034/95, art. 3º, § 3º), não constitui situação legitimamente oponível ao direito de acesso aos autos do inquérito policial, pelo indiciado, por meio do Advogado que haja constituído, sob pena de inqualificável transgressão aos direitos do próprio indiciado e às prerrogativas profissionais de seu defensor técnico, especialmente se se considerar o que dispõe o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em seu art. 7º, incisos XIII e XIV.”

Desse modo, o STF firmou o entendimento de que assiste ao investigado, bem assim ao seu advogado, o direito de acesso aos autos, podendo examiná-los,

²⁹ STF, HC n.º 88.190/RJ ; STF, HC n.º 90.232/AM ; STJ, HC 67.114/SP; STJ, HC 64.290/SC,

extrair cópias ou tomar apontamento, tal qual predispõe o Estatuto da OAB, mesmo quando a investigação esteja sendo processada em caráter sigiloso, hipótese em que o Advogado do investigado poderá ter acesso às peças que digam respeito ao seu cliente, e que instrumentalizem prova já produzida nos autos.

Mais recentemente, assegurou-se também ao investigado pelo Ministério Público em que visava apurar ilícito penal³⁰, além de inúmeras outras decisões que reconheceram, no curso do inquérito parlamentar – espécie de persecução preliminar realizada pelos membros do Poder Legislativo - o exercício do direito ao silêncio dos suspeitos, intimados como se testemunha fossem, a depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, resguardando também o pleno exercício das prerrogativas dos advogados na sessão.³¹

Ocorre que, ante a informação de que o inquérito é um procedimento sigiloso, por vezes tem-se negado acesso aos autos a pessoas que, embora tratadas substancialmente como indiciadas, não o tenham sido formalmente.

Realmente, não há um consenso acerca do direito do mero suspeito a ter as informações dos dados colhidos no inquérito, que inegavelmente têm o caráter sigiloso. É que, diante de tal característica, seu acesso deve restar restrito aos interessados na persecução criminal – autoridade policial (obviamente), ministério público, magistrado e o indiciado. Por outro lado, o indiciamento acaba ficando, de certo modo, dentro de um critério discricionário da autoridade policial, já que a lei não estabelece as hipóteses ou a forma como se deve proceder. É assim que, se o suspeito não for formalmente indiciado, mas estiver efetivamente sendo objeto de uma investigação, deve lhe ser concedido o direito a ter acesso aos autos.

O investigado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente

³⁰ STF, HC n°. 82.354. rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.9.2004
³¹ Cf. STF, MS n°. 23576-MC, MS n°. 23.684, MS n°. 24.118-MC.

induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

A integridade do sistema constitucional depende do valor que se atribua à liberdade individual e à valorização do acusado - ainda que informalmente acusado no inquérito policial – como sujeitos de direitos, e não de mero objeto de investigação. A contrario sensu, a defesa de investigações secretas tem sabor de autoritarismo, um ranço inquisitivo que não mais se coaduna com a nova ordem jurídica.

Em suma, pode-se afirmar que a jurisprudência, com amparo na Lei nº. 8906/94, já está consolidada no sentido de que cabe ao indiciado, bem como ao seu representante legal, o direito de ter acesso aos autos do inquérito, ainda quando o mesmo tramite em segredo de justiça. Em relação ao suspeito, que não foi ainda formalmente indiciado, entendemos que, se ele for efetivamente objeto de investigação, também lhe deverá estender tal garantia.

Vista a questão da ciência dos atos realizados no inquérito, vejamos a possibilidade do acusado se defender, mormente no que tange às suas declarações prestadas no interrogatório policial.

A Lei. 10.792, promulgada em dezembro de 2003, modificou o art. 185³² do Código de Processo Penal, trazendo verdadeiro avanço no que tange à efetivação da garantia do contraditório no curso da instrução criminal. O Código passou a ser incisivo em relação ao direito do acusado em se consultar com seu advogado antes do interrogatório, bem como a exigência da presença da defesa técnica em tal ato processual.

³² Art. 185 - O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

Inicialmente concebido como um mero meio de prova, o interrogatório merece uma releitura na ordem atual, devendo ser visto também como um meio de defesa do réu. Como bem esclarece Pacelli³³, “*Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo*”. Eis então a razão pela qual a lei, em boa hora, veio exigir a defesa técnica no interrogatório.

Interessante o posicionamento do STJ³⁴ no sentido de que a ausência do membro do ministério público no interrogatório não gera, *a priori*, qualquer nulidade, com base no princípio de que não existe nulidade sem prejuízo. Dano esse que só existiria, no caso, para a defesa, quando não notificada. É que, no processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, dada a Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.º. 523³⁵ da Suprema Corte.

Nesses termos é que se impõe a nulidade absoluta do processo quando o mesmo é realizado sem que se tenha dado ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório, sob pena de manifesta violação à ampla defesa e ao *contraditório*. Ressalte-se que deve ser dada a oportunidade do interrogatório, ou seja, o réu tem que ser devidamente citado para, querendo, prestar suas informações. Contudo, se devidamente notificado, o acusado não comparece em juízo para referido ato processual, não há nulidade alguma. Também não se configura qualquer nulidade ou cerceamento de defesa a não realização do interrogatório em decorrência da ausência de acusado que foge do distrito da culpa, com vários precedentes do STJ nesse sentido.³⁶

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 379.

³⁴ HC 47318 / AL.

³⁵ súmula 523 do stf: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

³⁶ STJ, [HC 52252](#) [HC 48135](#) [HC 48517](#) [HC 38163](#).

Exatamente por ser tido preponderantemente como meio de defesa é que não mais se admite a condução coercitiva do réu para fins de interrogatório, não obstante a norma contida no artigo 260³⁷ do CPP, que se mostra incompatível com a nova ordem constitucional.

Questão que se põe é saber se o art. 185 seria aplicável também ao interrogatório prestado pelo suspeito no curso das investigações policiais. É que a lei 10.792/03 não modificou o art. 6º do CPP. Ocorre que quando tal norma se refere ao interrogatório do investigado, determina que a autoridade policial deve “(...) V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que tenham ouvido a leitura (...)”.

Assim, impõe-se a interpretação sistemática do Código de Processo Penal a fim de que se chegue à conclusão de que, também no interrogatório prestado na fase inquisitiva, a presença do advogado é essencial, tratando-se de requisito de validade de tal ato.

Desse modo, o interrogatório policial deve se pautar pelo mesmo regramento estabelecido àquele realizado no curso da instrução processual em si. O Professor Tourinho Filho comenta que:

“Como acentua o inc. V do art. 6º do CPP, deverá a autoridade policial, observado o disposto no Capítulo III do Título VII do Livro I, isto é, os artigos 185 e s. do CPP. Com tal expressão, quer o legislador dizer que o interrogatório do indiciado deverá ser realizado dentro daquelas normas e garantias que norteiam o interrogatório levado a efeito pela Autoridade Judiciária” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1, 22ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000. pg. 247)

O interrogatório é ato formal, não podendo ser feito de qualquer modo, mas sim na forma prescrita em lei. Conclui-se, portanto, que todos os depoimentos

³⁷

Art. 260 - Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

realizados a partir de 2 de dezembro de 2003 – data da modificação legislativa – necessariamente, para sua validade, deverão ter sido precedidos de consulta prévia do investigado a um profissional, que deverá também estar presente no momento da assentada. Não tendo sido realizado na forma da lei nova, o interrogatório será ilícito e por isso deve ser, a pedido da defesa, desentranhado dos autos.

Diante de todo exposto, podemos afirmar, sem maiores receios, de que existe sim o direito de defesa do indiciado, bem como do meramente investigado no curso do inquérito. O direito de defesa, contudo, não se confunde com a garantia do contraditório, que, como visto, é mais abrangente e permite a efetiva participação da parte interessada nos atos processuais, com o respeito à paridade de armas, à isonomia, dentre outras características.

Não há dificuldades em caracterizar a investigação preparatória à ação penal como procedimento de cunho administrativo, cuja sucessão de atos leva ao objetivo final que é o de formar a convicção do legitimado ativo. A questão temerária é saber se se trata de procedimento com ou sem contraditório.

O ponto central parece estar reservado ao *status* que apresenta o suspeito nessa etapa, e se é correto enquadrá-lo como acusado ou litigante, como preceitua o texto constitucional no art. 5º LX.

Parte da doutrina se manifesta pela impossibilidade do contraditório, haja vista que inexiste na fase investigativa um “acusado”, como estabelece o texto maior. Analisando o tema, Grinover³⁸ apontou que a inexistência de um verdadeiro status de acusado impediria a incidência do contraditório ao longo da investigação.

A polêmica poderia ser resolvida, se interpretássemos literalmente o texto constitucional: o indiciado ou investigado ainda não é *acusado*, logo não lhes aplica o

³⁸ . GRINOVER, Ada . Pellegrini.. A Polícia Civil e as garantias constitucionais de liberdade. Revista A política à luz do direito, p. 12 - 24, 07 out. 1991. pg. 23.

contraditório. É que a garantia surge desde o momento em que algum acusado exista e, seguramente, esta não é a posição do indiciado no processo penal.

E seguindo essa linha de raciocínio, poderia então o suspeito ser enquadrado como *litigante*? Em que momento poderia se falar em um conflito de interesses no curso do inquérito a fim de caracterizar a existência de uma lide, com litigantes nos pólos de tal relação inquisitiva?

No nosso modelo processual, o único ato que poderia, por hipótese, ter o condão de instar esse conflito seria o indiciamento. Ocorre que, conforme visto, referido ato fica totalmente ao árbitro da autoridade policial, que pode fazê-lo ou não, de acordo com sua discricionariedade. E parte da doutrina critica veementemente o indiciamento, já que não traria nenhum efeito concreto no inquérito, mas, por outro lado, os efeitos sociais sobre o indivíduo são devastadores. Resta, assim, demasiadamente temerário colocar a garantia do contraditório sobre uma figura ainda tão turva no nosso ordenamento, como o indiciamento.

Chegamos à conclusão, portanto, que a extensão do contraditório no inquérito não pode decorrer de uma interpretação tão só literal do texto constitucional ou legal, haja vista que realmente não existe em tal etapa um *acusado* ou mesmo *indiciado* propriamente ditos.

Em verdade, o contraditório decorre da necessidade de defesa dos direitos fundamentais do sujeito investigado, que não pode mais ser visto como mero objeto da investigação, restando atônito aos atos investigatórios que trazem consigo a possibilidade de, por fim, lhes trazer várias conseqüências danosas, podendo inclusive servir para embasar medidas constritivas pessoais e patrimoniais, além da apuração da ocorrência de fato típico e sua autoria, circunstâncias que evidenciam a importância do direito de defesa no âmbito deste procedimento inicial.

4. AS PROVAS IRREPETÍVEIS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL:

4.1. Natureza das provas no processo penal:

Para Fauz Hassan Choukr³⁹, no curso do inquérito policial são produzidos dois tipos de elementos de prova: uns de caráter perecível e outros perenes. Os primeiras teriam natureza *cautelar*, como, por exemplo, exames periciais em documento, grafias, locais de delito, dentre outros. Já os últimos, pelas suas característica, podem ser repetidos em juízo. Seriam exemplos as declarações prestadas pelas vítimas e pelas testemunhas.

Note-se que essa divisão comporta exceções, sendo, portanto, meramente referencial. É que um meio de prova tipicamente perene pode revestir-se de natureza acautelatória, como nas hipóteses em que o depoente passa por sérios riscos de saúde e, caso seu depoimento não seja tomado nas investigações, haverá o risco de não ser mais repetido judicialmente.

A característica de irrepetibilidade do ato, existente por excelência nas primeiras hipóteses, é que autoriza a colocação em pauta do tema do contraditório já na fase prévia à ação penal, partindo-se do pressuposto de que não poderá haver um pleno direito de defesa no processo se não for possibilitada a intervenção do suspeito em tal momento.

³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 133.

É que, como sobredito, existe uma forte influência da fase investigativa na judicial, de sorte que os elementos colhidos no curso do inquérito acabam, efetivamente, a conduzir como se dará a instrução criminal. Tanto é assim que os autos do inquérito restam apensos ao processo judicial. Desse modo, transpõe-se materialmente tudo aquilo que foi produzido na fase de preparação para os autos definitivos, ocorrendo uma repudiada intromissão nas distintas fases, ainda que de forma inconsciente.

Nas palavras de Fauz Hassan, há uma “*comunhão de bases procedimentais de um e outro momento*”. É desse modo que deveria haver uma cindibilidade física dos volumes. Tratando também do tema, Ada Pellegrini Grinover distingue as provas *ilícitas* das provas *ilegítimas*, e explica que:

“a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita. Será nesse sentido mais estrito que nos referiremos às provas ilícitas. É necessário, ainda, observar que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de leis materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede a produção do meio em juízo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo: RT, 1982. p 98-99)

Não há, assim, regra expressa considerando a ilicitude das provas na fase de investigação ou na fase intermediária (nos procedimentos de crimes funcionais, por exemplo, também marcados por uma fase prévia à Ação Penal em si). Aliás, como não há exclusão física das provas produzidas na fase de investigação, não haveria propriamente ilicitude de tais provas, mas sim nulidade da sentença que nelas se fundamentar. É que há forte posicionamento no sentido de que tais elementos de informações, por si sós, não poderão serem utilizados pelo juiz para a formação de seu convencimento no momento de sentenciar o processo.

A questão se coloca sob o ponto de vista da validade ou nulidade do ato final – sentença. Se na sentença o juiz se utilizar, exclusivamente, de elementos de

informação produzidos no bojo do inquérito, haverá um erro de julgamento, devendo o tribunal, em grau de recurso, modificar a decisão e, se for o caso, absolver o condenado.

Não se pode falar em ilicitude de tais provas, ou tampouco de nulidade em decorrência das mesmas terem permanecido nos autos do processo. A questão se coloca no plano da *motivação* da sentença. Todo o controle deve ser feito pelo magistrado no momento da prolação de sua decisão final, não se utilizando, via de regra, dos elementos colhidos sem o crivo do contraditório.

Justamente porque o controle de tais elementos se pauta na motivação final, exsurge uma problemática na persecução de crimes contra a vida, que são submetidos ao Júri Popular. Como os jurados decidem de forma não motivada, mas sim pela íntima convicção, não haveria como controlar se as provas colhidas no inquérito, e que permaneceram nos autos, seriam ou não utilizadas pelos leigos em uma eventual decisão. A divulgação dos dados colhidos nas investigações certamente influenciará os julgadores leigos quando forem condenar ou absolver determinado acusado.

No caso do Júri, portanto, diante dessa impossibilidade de controle na formação do convencimento dos jurados, a única forma de se assegurar o respeito ao contraditório seria a exclusão do processo dos elementos de informação produzidos durante o inquérito policial.

Outrossim, diferentemente do que ocorre em modelos mais progressistas, como em Portugal, Itália e França, nossa estrutura processual não prevê a figura de um juiz que atue exclusivamente nas investigações. No Brasil, é comum que o Juiz atuante no inquérito seja o mesmo que irá, por fim, julgar a demanda criminal.

A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de se permitir que o órgão julgador que tem contato com os autos do inquérito possa ser influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à Ação Penal. Certamente os fatos

agregados na fase pré-processual estarão presentes na sua convicção final, já que julgar é um ato cognitivo pleno, indissociável dos sentimentos e valores. Torna-se temerário que o valor de um magistrado se paute em algo produzido sem o contraditório, sem que seja ouvida a outra parte.

Dada a nossa estrutura, em que a fase investigativa tem efetiva influência no processo penal, é que se mostra necessária a participação efetiva do investigado na colheita de determinadas provas que não poderão ser repetidas em juízo.

Dos meios de prova, podemos destacar dois que, quando produzidos na fase do inquérito, repercutem de forma incisiva no processo, quais sejam, as *perícias* e a confissão extrajudicial. Senão vejamos cada uma especificamente:

4.2. Da prova pericial irrepitível realizada no curso do inquérito:

A prova pericial é antes de tudo uma prova estritamente técnica, na medida em que se pretende certificar a existência de fatos cuja certeza depende de conhecimentos específicos, devendo ser elaborada por profissionais habilitados para tanto – os peritos.

O art. 159⁴⁰ e seguintes do Código de Processo Penal regulamentam a produção da prova pericial, que deve ser realizada, via de regra, por dois peritos oficiais. Apenas quando não houver peritos oficiais é que deverá o juiz nomear duas pessoas, com graduação em curso de nível superior, idoneidade reconhecida e conhecimento técnico para a matéria a fim de elaborar o trabalho. Nesses termos, o STF editou a súmula 361, que estabelece que “*no processo penal, é nulo o exame*

⁴⁰

Art. 159 - Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1º - Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

§ 2º - Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionando anteriormente na diligência de apreensão.”

Embora o juiz não esteja vinculado às conclusões dos peritos, observa-se que, na prática, a prova pericial assume grande relevo no processo penal, sobretudo em relação aos delitos que deixam vestígios materiais, ao ponto do legislador haver estabelecido no art. 158 do CPP que, nesses casos, o exame pericial é mesmo imprescindível, não o suprimindo sequer a confissão do acusado. Por mais que tal norma não venha sendo aplicada nos dias atuais, ela demonstra bem o valor especial que sempre se atribuiu aos exames periciais, como um verdadeiro resquício do sistema de provas legais (tarifadas).

Quando realizada no curso da instrução processual criminal, faculta-se às partes e ao juiz formular quesitos a serem respondidos pelos peritos, bem como a nomeação de assistente para acompanhar a produção da prova, garantindo-se o efetivo contraditório. O mesmo, contudo, não ocorre no inquérito policial, em virtude do entendimento prevalente de que tal procedimento tem um caráter eminentemente inquisitivo.

O que se constata é que na fase investigativa a perícia é realizada a cargo unicamente da Polícia Judiciária e do Ministério Público, negando-se ao investigado o direito de formular quesitos e contestar o resultado do laudo nessa fase, o que pode acarretar, inegavelmente, expressivos prejuízos para a defesa a ser desenvolvida após o ajuizamento da Ação Penal.

Tal problema se mostra agravado quando o exame diz respeito às perícias irrepetíveis, seja em razão da mudança de uma situação fática existente, seja em razão do desaparecimento ou modificação substancial do objeto, restando impossível sua renovação em juízo. Tome-se como exemplo a cena de um crime de homicídio: com o passar do tempo, os vestígios vão desaparecendo, de sorte que se torna impossível esperar a instrução processual para se realizar a prova pericial.

Em tais hipóteses em que os assentamentos técnicos se mostram irrepetíveis, impõe que se permita ao investigado a utilização dos meios necessários para participar efetivamente na produção da perícia produzida no inquérito, formulando quesitos, acompanhando a realização dos exames e designando assistentes técnicos, caso assim deseje. É que em tais casos é nítida a interferência da fase investigativa na judicial.

Defendendo essa linha de raciocínio, podemos citar autores como Leonardo Greco⁴¹ e José Laurindo de Souza Neto⁴². O primeiro chega a defender até mesmo que, caso a determinação da autoria só seja possível posteriormente à realização da perícia, esta não poderá ser utilizada em desfavor do acusado, pois ele não teve a oportunidade de participar de sua produção. Já o último, conquanto defenda a natureza inquisitiva do inquérito policial, reconhece que, ao menos no que toca aos exames periciais irrepetíveis, resta imperioso que se respeite o contraditório, possibilitando-se que as partes possam influenciar no laudo final.

Ousamos discordar do posicionamento esposado por Leonardo Greco. Quando no inquérito policial já há mínimos elementos aptos a indicar a autoria delitiva, ou seja, quando já há pessoa determinada figurando como investigado, mostra-se simples resguardar-se o contraditório: basta a notificação do investigado para, querendo, acompanhar a elaboração da prova.

O mesmo não ocorre, contudo, quando o exame pericial é realizado antes de ser indiciada a autoria. E mais: por vezes somente se chega aos indícios de autoria delitiva após a realização da prova pericial. Nesse caso, parece injusto subtrair-se do processo a análise dos exames realizados no inquérito.

⁴¹ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do processo: o processo justo. Revista Jurídica, v. 51, n 305. São Paulo, Notadez, mar/2003, p. 61-100.

⁴² SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo Penal – sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 134.

Em suma, o que não se admite é que, em havendo um investigado conhecido, a perícia irrepetível seja elaborada sem a sua presença.

Enfrentando tal problemática, encontramos no ordenamento processual penal italiano uma saída viável que busca conciliar a garantia do contraditório nos casos das perícias irrepetíveis. No processo penal italiano, também há uma fase prévia investigativa (“*indagine preliminare*”), presidida, contudo, pelo Ministério Público, cuja finalidade é recolher elementos suficientes para o exercício da Ação Penal. Existe um juiz que atua nessa fase na realização de audiências, além das medidas potencialmente restritivas de direito do investigado.

Observa Aury Lopes Júnior⁴³ que o sistema italiano, em regra, não admite que os atos dessa fase preliminar sejam transportados para o processo, contaminando o “*giudice del dibattimento*” com elementos coletados sem observância de todas as garantias inerentes ao processo judicial. Todavia, nos casos em que há risco de perecimento da prova, é preciso que se realize o “incidente probatório”, sob a presidência do juiz, conferindo-se a tais atos um valor endoprocedimental.

Como se vê, na Itália, quando se mostra necessária a realização de uma perícia irrepetível, ocorre uma jurisdicionalização do procedimento, que é realizado em um *incidente probatório* sob a presença do juiz, garantindo-se às partes a possibilidade de exercer o contraditório.

A experiência italiana poderia ser empregada para o aperfeiçoamento do ordenamento brasileiro no que tange a tal matéria, buscando-se conciliar a garantia do contraditório no inquérito policial com a preocupação de não serem desperdiçados elementos importantes que só poderiam ser coletados e examinados na fase investigativa.

⁴³ JÚNIOR, Aury Lopes. Sistemas de investigação preliminar no processo penal 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 241-249.

De forma semelhante, o art. 225⁴⁴ do CPP determina a colheita prévia do depoimento *ad perpetuam rei memoriam*. Há de se indagar se a tomada do depoimento poderia ser feita no curso do inquérito, ou somente de forma antecipada no curso do processo penal em si.

Na primeira hipótese, teríamos normatizado o incidente probatório. Exemplificando: quando uma testemunha chave de determinado crime se encontra em estado de saúde terminal, seu depoimento seria uma prova irrepetível. Poderia então o magistrado - até mesmo de ofício, como estabelece a retromencionada – instaurar um incidente em que seria colhida a prova, na presença das partes, com todas as garantias da instrução processual. De toda sorte, por meio da análise do referido dispositivo, verifica-se uma previsão no nosso ordenamento - ainda que seja restrita sua aplicação – de incidente realizado pelo juiz quando *urge* a produção da prova testemunhal.

Por fim, mais uma vez nos recorrendo das lições de Aury Lopes Júnior⁴⁵, observamos que o autor defende a realização de incidente probatório no curso do inquérito policial sempre que a prova a ser produzida for irrepetível. Afirma o autor que seria cabível o incidente probatório “*somente em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova*”.

É comum se afirmar na doutrina que o contraditório no inquérito policial fica diferido à fase de instrução criminal. Defendemos, contudo, que nas hipóteses colacionadas neste trabalho, quais sejam, quando a prova for irrepetível e repercutir incisivamente na decisão judicial, o contraditório tem que ser *antecipado*, ou seja, realizado na fase das investigações. De toda sorte, deve-se entender sanada eventual violação ao contraditório caso o acusado, *a posteriori*, concorde com as conclusões do exame pericial, admitindo sua veracidade.

⁴⁴ **Art. 225** - Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

⁴⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. Op. cit., p. 134-135.

4.3. Confissão Extrajudicial:

Certamente, dentre os meios de prova admitidos no processo penal, a confissão é a que mais pode trazer uma certeza acerca dos fatos no processo de busca da verdade material. Tem, portanto, grande efeito de convencimento judicial. Contudo, não deve ser recebida com valor absoluto.

Tanto é que o CPP⁴⁶ prescreve que ela deve ser confrontada com os demais elementos de prova produzidos no curso da instrução criminal. Essa análise em conjunto das provas busca coibir a auto-acusação falsa, motivada pelas mais diversas razões, desde a afetiva àquela movida por interesses econômicos.

A confissão tem também como características podem ser feita tanto judicialmente, no curso do interrogatório ou em qualquer outro momento processual, como extrajudicialmente. Acerca do tema, vejamos o que leciona Pacelli⁴⁷:

“Atualmente , com a exigência do contraditório e da ampla defesa, as provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público e não do juiz, por isso devem ser repetidas na fase instrutória da ação penal. A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase do inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz”

Ousamos discordar de tal posicionamento. Não podemos negar que a confissão realizada perante a autoridade policial, ainda que seja retratada em juízo, pode influenciar, de forma contumaz, na convicção do julgador. Eis então a razão pela qual a mesma só pode ser reputada válida se feita mediante a presença do advogado, garantindo-se o direito de defesa e o contraditório. É que se trata, inegavelmente, de uma das hipóteses em que o elemento colhido no curso das investigações pode trazer sérios efeitos no curso do processo penal.

⁴⁶ Art. 197 - O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 405.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça⁴⁸ tem consagrado, reiteradamente, o entendimento de que a circunstância atenuante da confissão espontânea extrajudicial deverá ser aplicada ainda que tenha sido retratada em juízo, se auxiliou de forma efetiva para o embasamento da sentença condenatória.

Consoante os arestos colacionados, resta claro que a jurisprudência está aceitando como fundamento de uma condenação penal a confissão realizada extrajudicialmente, o que ocorre quase sempre sem a presença da defesa técnica. Além disso, não podemos negar a existência de práticas arcaicas e autoritárias que ocorrem nos confins de uma delegacia de polícia, em verdadeiro desrespeito aos direitos humanos, em que a confissão acaba sendo forçada pela força bruta, com práticas como a tortura física e psicológica.

Por outro lado, mesmo que haja a confissão extrajudicial, só será cabível a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d do Código Penal quando a mesma for efetivamente utilizada como fundamento da sentença⁴⁹. Se o réu é condenado por outros motivos, não fará *jus* à diminuição da pena, ainda que tenha confessado o crime frente à autoridade policial, e tal confissão tenha influenciado, inexoravelmente, na formação da convicção do julgador.

⁴⁸ "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FASE INQUISITORIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DA CONFISSÃO. ATENUANTE. RECONHECIMENTO. 1. Aplica-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal) quando a confissão extrajudicial efetivamente serviu para alicerçar a sentença condenatória, ainda que tenha havido retratação em juízo. Precedentes.

2. Ordem concedida para, reformando-se o acórdão ora atacado, anular a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena, para que nova decisão seja proferida, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea." (HC 39.870/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 14/03/2005.)

⁴⁹ CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO INQUÉRITO, QUE NÃO ALICERÇOU A CONDENAÇÃO. POSTERIOR RETRATAÇÃO EM JUÍZO. NÃO-APLICAÇÃO DA ATENUANTE. RECURSO PROVIDO. I – Não se aplica atenuante relativa a confissão no inquérito policial, posteriormente retratada em juízo, se esta não serviu, efetivamente, para alicerçar a sentença condenatória, uma vez que outros elementos e circunstâncias do feito foram considerados para formar a convicção do Julgador a respeito da materialidade e autoria do delito praticado. Precedentes. II – Recurso provido, nos termos do voto do relator. REsp 885415 / PR

RECURSOESPECIAL 2006/0133412-8

5. CONCLUSÃO:

Esta pesquisa foi iniciada com a pretensão de se buscar uma análise do vigente ordenamento processual penal, principalmente no que tange à atuação das partes e do judiciário no processo de produção das provas, seja na fase investigativa, seja no processo penal.

Para se atingir o objetivo do trabalho, fez-se necessário iniciar um estudo prévio, ainda que meramente elucidativo e genérico, dos sistemas processuais inquisitivo, misto e acusatório, com seus traços principais e estudando o momento em que cada um perdurou. Assim, fica claro os ranços dos sistemas inquisitivo e misto no nosso Ordenamento Processual Penal vigente.

A força normativa da Constituição impõe que as normas legais se harmonizem com os princípios e regras. É certo que o processo penal, assim como os ramos jurídicos que compõe o sistema punitivo do Estado, merecem uma releitura sob a ótica constitucional, para que possam servir ao seu fim de forma válida e legítima.

E são nesses termos que, com a ascensão do sistema acusatório, impõe-se uma delimitação exata dos poderes de cada parte atuante no processo penal: qual o papel da acusação, da defesa, do julgador.

Não se pode mais admitir a figura do juiz de instrução. Sua ingerência na produção das provas deve ser mínima, sob pena de ter-se maculada a imparcialidade. Sua participação na fase do inquérito deve ser mínima, manifestando-se tão só na tutela das liberdades públicas e quando determinado direito estiver resguardado constitucionalmente pela reserva de jurisdição. Outrossim, a Acusação não deve ser colocada em um patamar superior frente à defesa, que são partes iguais no processo penal, cada qual com seus ônus e deveres processuais.

O inquérito policial também não pode mais ser encarado como meramente uma peça informativa que o titular da Ação Penal utilizará para formar sua *opinio delicti* e oferecer a competente Ação Penal. É que tal concepção acaba por retirar o possível valor judicial que os elementos colhidos em tal etapa poderão ter na instrução criminal.

Em nosso sistema processual, ainda há, inegavelmente, uma forte influência da fase investigativa na judicial. Como conceber, então, que o contraditório não pode ser aplicado no inquérito? Referida garantia há sim de ser aplicada, ainda que com temperança, dada a natureza e a finalidade das investigações.

Investigação secreta, ou marcada pelo extremo sigilo, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Remonta, em verdade, a regimes totalitários, a ditaduras.

Defendemos, portanto, que em determinados casos há de ser respeitado o contraditório, quando efetivamente as conclusões chegadas no inquérito puderem incidir na futura decisão judicial. Seria o caso de uma perícia sobre uma prova irrepetível realizada nas investigações, ou a confissão extrajudicial.

Em tais hipóteses, deve haver uma verdadeira *jurisdicionalização* do procedimento investigativo, sendo a prova produzida perante o juiz, podendo as partes dela ativamente participar, ter ciência e eventualmente impugná-la.

6. REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. “**A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou o Direito de defender-se provando)**”. Boletim IBCCRIM. Ano 11. nº. 137. Abril 2004. p.6

b

BARROS VIDAL, Luis Fernando Camargo de. “**Notas sobre o inquérito policial, o juiz e a verdade real**”. Boletim IBCCRIM. Ano 12. nº. 139. Junho 2004 .

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1965, v.I.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. **O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial**. Revista IBCCRIM 60, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. In: Maier, Julio; Ambos, Kai; Woischnik, Jan (Coord.) **Las Reformas Processuales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris.

CERVINI, Raul, GOMES, Luis Flávio. **Inteceptação Telefônica**. RT, 1997, p. 226

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. “**Desconsideração previa da culpabilidade e presunção de inocência**”. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº. 70/Ed. Esp., set. 1998.

FERNANDES HENRIQUES, Fernando Augusto. **Interrogatório Contraditório no Inquérito Policial**. Boletim IBCCRIM, Ano 12, nº. 138, maio/2004, p. 6.

GRINOVER, Ada . Pellegrini.. **A Polícia Civil e as garantias constitucionais de liberdade**. Revista A política à luz do direito, p. 12 - 24, 07 out. 1991. pg. 23.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do processo: o processo justo**. Revista Jurídica, v. 51, n 305. São Paulo, Notadez, mar/2003, p. 61-100.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 241-249

MARQUES, Frederico. **A Instituição do Júri**, Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual**. V. 4. São Paulo: Saraiva.

NUNES GOMES, André Luis Galleano. **Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório**. Boletim IBCCRIM. Ano 14. nº. 164. Junho/2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional da Lei Processual Penal**. 2a edição. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2001.

PERES, César. Boletim IBCCRIM. Ano 12. nº. 139. Junho 2004 “**Inquérito Policial: ato discricionário ou vinculado**”

QUEIROZ, Paulo. **Sistema Acusatório e *Emendatio Libelli***. Boletim IBCCRIM. Ano 15. nº. 176. Julho/2007.

RANGEL, Paulo. “**o juiz garantista**”, disponível em http://www.direitodeliberdade.com.br/juiz_garantista.doc

RANGEL, Paulo. **Curso de Direito Processual**. 8a ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2004

ROCHA, Rodrigo Mariano. **Sistema Acusatório na obra de Pimenta Bueno: um necessário resgate**. Boletim IBCCRIM. Ano 15. nº. 177. Agosto/2007. p. 18

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**, Editora Revista dos Tribunais, 2004

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal – sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 134.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1