

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

THE CONSTITUTIONALIZATION OF POLICE INVESTIGATION IN BRAZIL

Enio Walcácer de Oliveira Filho

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo a abordagem histórica do procedimento de investigação policial, na figura materializada no inquérito policial como parte integrante do Processo Penal em sua etapa preparatória. Para tanto será feito em um primeiro momento uma busca histórica dos elementos que deram origem ao modelo atual de investigação policial no Brasil. Após será feita uma abordagem da (des)conformidade constitucional do atual modelo inquisitivo na fase instrutória pré-processual onde se buscará fazer um apanhado, dentro da sistemática processual, de elementos que corroboram a necessidade de aplicação dos direitos e garantias estatuídos pela Constituição brasileira de 1988 ao modelo de investigação regulamentado pelo Código Processual Penal de 1941 no que se refere ao arquivamento, à rejeição da inicial acusatória, à aplicação de medidas cautelares, à absolvição sumária e ao julgamento no procedimento do Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Processo penal, Inquérito policial, Contraditório, Ampla-defesa, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks the historical approach of the police investigation procedure, done through the police inquiry of self as part of Criminal Procedure in its preparatory stage. To do so will be at first a historical search of the elements that originated the current model of police investigation in Brazil. After an approach to be made (un) constitutional compliance of the current inquisitive model in pretrial trial phase where it will seek to summarize, within the procedural systematic elements that support the need to apply the rights and guarantees established by the Brazilian Constitution 1988 to the regulated investigation model by the 1941 Criminal Procedure Code with regard to archiving, the rejection of the initial libelous, the application of precautionary measures, the acquittal and judgment on the procedure of the Jury Trial.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Police investigation, Adversary system, Full defense, Constitution

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu rol de direitos e garantias individuais uma série de princípios a serem seguidos no âmbito processual penal. Essa atenção especial fez com que o legislador constituinte criasse algo como uma “teoria geral do processo penal” tanto no artigo 5º dispostos em diversos incisos, quanto em outros dispositivos constitucionais. Isto decorre da sistemática constitucional ter como base, no trato com o *jus puniendi*, o fundamento da dignidade da pessoa humana, *ex vi* art. 1º inciso III da Carta.

Contudo, ainda que pese a força dos comandos constitucionais em um ordenamento jurídico, no Brasil (jurisprudência, doutrina e diplomas processuais) existem ressalvas no campo dos direitos assegurados no processo penal quando se está diante do procedimento preparatório do Inquérito Policial.

Como se existissem ressalvas constitucionais vive-se em uma exceção institucionalizada, como uma ilha anômica dentro de um ordenamento constitucional, quanto aos direitos e garantias fundamentais quando se está sendo alvo da investigação criminal, no retorno a um sistema defasado constituído de um procedimento inquisitivo e unilateral, em uma preliminar formação de culpa. Uma anomia que permite aprioristicamente a conclusão inédita no sistema de interpretação: que o nosso Código de Processo Penal, ao prever o procedimento do inquérito policial, revoga naquele à aplicação dos dispositivos constitucionais, ou pelo menos resiste à sua conformação constitucional.

Sob esta ótica, será feito no decurso deste trabalho uma pesquisa bibliográfica da evolução da investigação preliminar no processo penal, especialmente o inquérito policial, buscando as suas origens históricas no Brasil e no mundo e ao fim a tentativa de chegar a uma resposta sobre a (in)congruência dos dispositivos Processuais Penais vigentes com o ordenamento constitucional, mormente no que tange ao inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê claramente, sem imposição de ressalvas que “... aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

Para buscar tais respostas será feito um apanhado doutrinário, jurisprudencial e histórico na tentativa de delimitar as origens do modelo do inquérito policial brasileiro. O recorte histórico-temporal deu-se partindo das origens processuais egípcias, perpassando pelo direito romano e focando-se, na Idade Média, na Península Ibérica, passando pelo período colonial do Brasil até os dias atuais, trabalho este feito na primeira etapa deste artigo.

Partiu-se de uma hipótese de que o Inquérito Policial no Brasil sofreu poucas alterações desde o império, e que decorrente da falta de normas somado a consideração de sua somenos importância no âmbito do Processo Penal, não foi possibilitada a sua evolução até os dias atuais inclusive no que tange à conformidade constitucional do procedimento. Ainda fora levado em consideração que há uma grande resistência na abertura Constitucional da investigação policial, consubstanciado na falsa premissa da “soberania do interesse público”.

Após será feita uma análise de decisões e sentenças que podem ser aplicadas, na sistemática atual, tomando como base exclusiva o procedimento do Inquérito, decisões que são tomadas sem que se tenha existido a garantia processual do contraditório e ampla defesa. Para tanto será estudado o procedimento de arquivamento do inquérito, rejeição da inicial acusatória, absolvição sumária e os julgamentos do procedimento do Tribunal do Júri.

Longe de encerrar toda a discussão, o presente trabalho tenta reavivar um debate que não se iniciou hoje, mas que ainda não tomou corpo e seriedade no âmbito da doutrina majoritária. No Brasil tal debate iniciou-se já na década de 1970, dentre outros, com Sérgio Moraes Pitombo, já antes da Constituição, mas ainda hoje não tomou forma, mesmo após a égide da Constituição de 1988.

2. AS ORIGENS HISTÓRICAS DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Considerada como uma etapa preparatória para a etapa processual, consistente em um dos procedimentos da tripla fase¹ do *persecutio crimines* exercido como *officium persequendi*² estatal, hodiernamente é exercido em sua grande maioria pelas polícias judiciárias no Brasil.

Neste capítulo será traçado um breve apanhado histórico sobre a evolução do processo em um recorte que vai desde o Egito, perpassando pelo Império Romano até a

¹ Considera-se que a persecução penal pode ser dividida em três etapas: a primeira vai desde o cometimento de um fato aparentemente criminoso até o fim da investigação criminal, a segunda vai desde o oferecimento da inicial até o trânsito em julgado da sentença e a terceira desde o início da execução penal até o retorno do condenado ao convívio social, em um ciclo que tenta fazer com que a pessoa com a conduta desviada seja reinserida socialmente após ter passado pelo calvário das três etapas da persecução penal.

² O termo que aqui será utilizado, em contradição ao comumente dito *jus persequendi*, diz respeito ao entendimento aqui Forçoso é, no entanto, considerar o poder de punir - que mais se relaciona com uma obrigação à um direito, este ligado à uma atuação discricionária -, quando sabe-se que não existe discricionariedade e sim obrigatoriedade, dever de ação, não no clássico *jus persequendi* mas sim no *officium persequendi*.

Península Ibérica nas legislações régias de Portugal desembocando nas legislações aplicadas no Brasil para a investigação policial.

2.1. A oscilação evolutiva da investigação criminal – do Egito ao Brasil colônia

Historicamente a função de polícia judiciária remonta, nos limites da pesquisa aqui efetuada, ao processo penal egípcio onde não existia cisão clara entre a polícia preventiva e repressiva. Em cada província existia um juiz que servia como um prefeito nos tempos atuais, acumulando funções jurisdicionais no âmbito penal para os crimes considerados leves, este por sua vez tinha “delegados incumbidos, como funcionários policiaes, de reprimir a chicotadas e bastonadas as infracções de menores consequencias.” (ALMEIDA JUNIOR, 1901, p. 8-9)

Não diferente do que hoje acontece, mas à época previsto na legislação, a polícia tanto auxiliava na instrução criminal quanto julgava e aplicava a pena imediatamente. Se traçar-se um comparativo com o atual modelo brasileiro, não obstante não haja previsão legal, há uma iterativa aplicação de penas corporais pela polícia, seja ela judiciária ou preventiva, conforme é mostrado amplamente em notícias nos diversos meios de comunicação.

Quem pode dizer que a sociedade evoluiu neste quesito quando hoje da mesma forma há um frequente uso imoderado de penas corporais pelas polícias na repressão criminal no Brasil? Zaffaroni (2010, p. 126) defende que nestas forças policiais de repressão e de prevenção, existe um permissivo (supralegal) para “impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, requerer documentação identificatória aos habitantes, (...) privar de liberdade qualquer pessoa sem culpa ou suspeita alguma...” defendendo não haver limites para a atuação arbitrária, refletindo-se tal atuação em um controle poderoso que fica distante de qualquer controle judicial que as vezes até fomenta tais práticas.

Com relação ao modelo egípcio, a evolução parece ter se operado apenas na extirpação da normatização permissiva de tais institutos (âmbito positivo-jurídico) sem efetividade prática no cotidiano da atuação policial, refletido inclusive nos dados da letalidade da polícia brasileira. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 33)

O procedimento penal inquisitivo romano, após ter passado pelo seu auge evolutivo do sistema acusatório puro, onde se delimitava claramente os papéis na persecução penal, retornou, já no ocaso da democracia e início das ditaduras romanas, no procedimento da *extraordinaria cognitio*, um retorno da antiga *cognitio* que (re)iniciou-se para

determinados crimes e pessoas mas foi ampliando-se paulatinamente para todos os casos penais quando da queda da república romana em uma restauração gradual dos procedimentos *ex officio* tendo este agigantado-se no período do Principado romano. (TUCCI, 1976, p. 168)

Neste período havia uma confusão entre os papéis dos magistrados de acusar, de julgar e de investigar. No que concerne à investigação, no período era de total incumbência dos magistrados que na maioria das vezes delegavam tais funções ao que podemos considerar como os rudimentos do que é hoje a polícia judiciária, uma espécie de funcionário aos quais poderíamos cognominar, com expressão atualizada, “de *polícia judiciária* – os *curiosi, irenarchae, stationarii*, etc – que transmitiam aos órgãos jurisdicionais o resultado do inquérito por eles realizados (*questiones, testes, tabulae*).” (TUCCI, 1976, p. 173-174)

Tal procedimento de investigação pode ser tido então como a origem romana do inquérito policial atual, mesmo em sua forma, independente do nome que tenha tido, parece sensato considerar o surgimento da polícia judiciária deste período romano, e da concentração e monopólio estatal de toda a persecução criminal, desde a investigação até o julgamento no extremo oposto do acusatório puro.

Mesmo que no processo de julgamento a oralidade e a publicidade não tenham sido suprimidos, deu-se início a este procedimento preparatório e inquisitivo feito por funcionários que, como já dito, guardam similaridades com a atual polícia judiciária. O que hoje é o inquérito policial consistia, segundo Tucci (1976, p. 177) nos *elogia* que eram feitos *ex officio* pelos *irenarchae* ou mesmo pelos *praefecti vigilum* ou até nos *curiosi*, todos compilando ao final os documentos análogos atualmente ao inquérito que eram chamados de *elogia ou nuntiationes* que eram a base para a acusação do magistrado. Tuozzi (*apud* TUCCI, 1976, p. 177) afirma que “a ação penal era ajuizada, perante ao magistrado, e em presença do acusado, com fundamento nos *elogia* ou *nuntiationes*.”

Como grande parte de nosso direito, vemos que Roma trouxe o berço do procedimento inquisitorial que hodiernamente é utilizado no Brasil para a preparação do procedimento penal, que da mesma forma hoje consubstancia a *opinio delicti* do acusador com uma peça escrita, secreta, unilateral que “coisificava” o investigado antes que o processo chegasse ao público. Contudo pode ser salientado a existência de diferenças essenciais que faziam esse procedimento preparatório romano, em tese, mais democrático que o atual modelo brasileiro.

No modelo romano era permitido, por exemplo, que o investigado acompanhasse as pessoas incumbidas de sua investigação, podendo até nomear interpostas pessoas para tal, em uma espécie de contraditório prévio, indicando inclusive provas a serem colhidas, contudo era uma possibilidade e não um imperativo, o que legava ao arbítrio do magistrado e à influência do investigado o maior ou menor grau desta possibilidade.

O direito romano era ainda consubstanciado em um processo “limpo”, livre de torturas físicas, “O Direito Romano, consubstanciado no *Corpus Juris Civilis*, era um Direito limpo, não admitia tortura, era um Direito, digamos assim, estabelecido em padrões modernos”. (BOSHI, 2003, p. 34)

Passado o período Romano, e a sua larga influência na romanização da Europa, manteve-se parte dos institutos daquele modelo processual penal por longo tempo na região. Agora já se delineia a influência maior no direito brasileiro, decorrente do direito lusitano, mais propriamente os institutos medievais aplicados na Península Ibérica.

Perpassando no que hoje é Portugal pelas legislações medievais, tem-se a passagem pelo Código Visigótico no século V, ainda mantendo uma clara influência do direito Romano em muitos institutos. Seguindo-se até o século XIV nesta mesma região, não se tem notícias de modificação do procedimento processual penal aplicado no que tange à investigação criminal. Em regra, perpassando pelo *Fuero Juzgo*, as *Flores de las leyes*, a Lei das Sete Partidas até a chegada das ordenações em Portugal. Neste período o papel da investigação era acumulado com o papel do Juiz, tornando-se quase inexistente a fase pré-processual da investigação. Em outras legislações, quando o processo não era iniciado *ex-officio*, a investigação ficava a cargo do acusador, não havendo também ligação, e mesmo uma ruptura do sistema clássico romano. (PIRANGELLI, 1983)

Uma tônica que viria a persistir durante toda a alta idade média e seguir-se até os tempos atuais é a figura da tortura nas investigações e no processo. Tendo se mesclado o direito canônico com um ressurgimento do direito Romano por volta do século XII, nas legislações régias, em um ordenamento que teve força até os idos do século XVIII, a tortura foi o meio pelo qual o suplício corporal levava à rainha das provas, no ápice dos sistemas inquisitivos vigorantes: a confissão. Devassas, tormentas, e o “prende e rebenta” são derivações desta mesma herança, como bem explica Boshi:

O ingresso do Direito Romano representou, é certo, uma conquista magnífica, acarretando um enorme progresso. Dentro dele, porém, havia um fruto venenoso que acabou sendo também colhido: a tortura. Doravante, toda

a instrução criminal até o século XVIII, será marcada pelo denodo na idéia da confissão do acusado extorquindo a confissão pela dor. Firmou-se, dessa maneira, nova orientação na Justiça criminal secular, em que se mesclavam influências do Direito Romano, do Direito Canônico, tendo início, então, o tenebroso período, depois designado como de vingança pública, calcado no sistema inquisitivo tal como existia na Igreja, mas com estes acréscimos: processo secreto e escrito, defesa inexistente ou fortemente cerceada, largo emprego da tortura. (BOSHI, 1987, P. 34-35)

Todas estas características citadas pelo autor podem ser transportadas hoje, em maior ou menor grau, para o procedimento do inquérito policial no Brasil.

As Ordenações do Reino, iniciadas no ocaso do século XII, legislações que , período que insurge com o fortalecimento da monarquia e a presença mais forte de um Estado unificado e delimitado com forte influência da igreja católica. Tal período é consagrado em Portugal com D. Afonso III e sua subida ao trono em 1248. Os usos e costumes e as legislações esparsas foram paulatinamente, neste período, substituídas pelas legislações reais, além de trazer consigo a substituição paulatina das regras das legislações visigóticas e pelos forais de origem eminentemente religiosa. (PIRANGELLI, 1983, p. 45)

O período régio em Portugal fora consagrado pela sistematização de um conjunto de legislações esparsas, e um retorno de parte da influência romana em seu último período, com redução das peças processuais a escrita e a organização das vias recursais, processo marcadamente inquisitivo, secreto, de provas tarifadas com a confissão como centro probatório. No entanto foi também uma continuidade na luta contra a vingança privada e ainda a limitação das chamadas jurisdições senhoris, no que doravante seria chamado de vingança estatizada. (PIRANGELLI, 1983, p. 49-60)

No que tange à investigação criminal convém reproduzir o texto de Pirangelli:

Também existia a *investigação oficiosa* ou *ex-officio*, quando chegasse ao conhecimento do juiz a prática de delito grave nos limites de sua jurisdição e que não tivesse sido oferecida *querela*. Nesses casos, de *ofício*, o juiz devia determinar a instauração de inquirição devassa, ou seja, inquérito público para a apuração da autoria. Nesses casos, deveriam depor todas as pessoas que pudessem esclarecer os fatos. A obrigatoriedade de depor, no início, só atingia o homicídio, mas, ao depois, passou a abranger as lesões corporais, furtos, delitos de estupro e outros crimes cujo autor ficasse sujeito às penas corporais. (PIRANGELLI, 1983, p. 52)

A investigação se resumia a um ato instrutório preliminar chamado de *devassa* comandado pelo magistrado, na manutenção da confusão entre o juiz que julgaria a causa e o juiz que fazia a instrução preliminar do fato delituoso, com o auxílio de funcionários públicos, mas sem a presença, ainda de uma figura tal e qual a do delegado, ou a cisão completa da

etapa pré-processual da processual. Ao fim confundia-se em várias medidas esta etapa das devassas com a própria instrução processual.

Segundo Guilherme de Braga (*apud* PIRANGELLI, 1983, p. 59), as Ordenações Manuelinas surgiram por volta de 1514 como uma reforma legislativa das Ordenações Afonsinas. As ações já não mais iniciavam-se, nesta legislação, por intermédio de clamores (sejam públicos ou anônimos) mas sim por meio de “*querelas juradas*, ou por *denúncias* ou por *inquirições devassas*. Conforme Pirangelli (1983, p. 61), a escrita já estava muito difundida e os tabeliães, inquiridores e outros oficiais da justiça eram auxiliares da justiça real.” Deu-se maior importância ao cargo de promotor público, praticamente inexistente anteriormente, sendo que as formas de processamento começaram a delinear-se com mais clareza. Não havia ainda figura equiparada ao delegado, mas já havia investigadores, inquiridores, escrivães e oficiais da justiça, mas ainda subordinava-se a investigação ao magistrado da causa, que formando a sua *opinio delicti* já demonstrava antecipadamente qual seria o *corporis criminis* ao final do processo.

As ordenações Filipinas tem pertinência para este estudo, pois fora a legislação aplicável ao Brasil, na época das Sesmarias, período inicial de sua colonização portuguesa. Contudo, na prática o que efetivamente vigorava era a aplicação do arbítrio dos donatários. Quanto ao sistema das Ordenações Filipinas de investigação criminal, reproduz-se aqui as palavras de Pirangelli:

[...] a pronúncia era a sentença do juiz que declarava o réu suspeito do delito, que o tornava objeto da *devassa ou da querela* contra ele dada e que o colocava no número dos culpados. *Tormentos* eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de torturas. Devassas eram as inquirições para a informação dos delitos. (PIRANGELLI, 1983, p. 63-64)

Neste sistema as *devassas* são o que hoje se tem como o inquérito, não sendo consideradas inquirições judiciais. Como no sistema atual brasileiro para ter validade as inquirições das *devassas* deveriam ser refeitas judicialmente no sistema de reperguntação, que podia ser excepcionada no caso de o réu estar preso preventivamente ou se tivesse ele assinado um termo dispensando esta. O procedimento tinha a duração de 30 dias.

A tortura era amplamente aceita, no procedimento dos Tormentos, e começou a existir o *corpo de delito* que era separado dos *indícios de autoria* em um rudimento do que hoje se entende pelo *fumus commissi delicti*. Tanto as devassas quanto as tormentas eram feitas pelo juiz mediante a tortura, que “...só podia ser posta em prática após acusação escrita

e de grave indícios, e só em virtude de decisão judicial, da qual cabia recurso, como se se tratasse de sentença final.” (PIRANGELLI, 1983, p. 68)

2.2 – A investigação criminal nas legislações brasileiras

Após a chegada da família real portuguesa no Brasil em 1808 iniciou-se o processo de criação da legislação penal no país, vários alvarás inicialmente regulamentaram algumas questões criminais à época, como a regulação das casas de suplicação, perdões a criminosos, proibições de sociedades secretas, prerrogativas de foro, outros tantos decretos regulamentaram a pena de morte. (PIRANGELLI, 1983, p. 83-84) No entanto, apenas após a proclamação da independência fora outorgada a primeira constituição brasileira em 1824 trazendo as bases do que viria a ser o primeiro código de tratamento do processo penal no Brasil.

No que concerne àquela Carta era elencado em seu título VIII no art. 179 as garantias fundamentais dos brasileiros, dispostas em 35 itens dentre os quais se destaca no âmbito penal: a irretroatividade das leis, a liberdade de expressão, liberdade de religião, inviolabilidade de domicílio, a impossibilidade de prisão “sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei” devendo ser levada a prisão ao conhecimento do juiz em até 24 horas, a nota de culpa, a possibilidade de fiança, o flagrante só executado por autoridade competente, a punição contra a prisão arbitrária, o juiz natural, a igualdade perante a lei, a abolição de privilégios e adoção das prerrogativas, a intranscendência da pena, a humanidade das prisões, o direito geral à petição para dar início a persecução penal, gratuidade da instrução primária. (PIRANGELLI, 1983, p. 88-91)

Após a Constituição do Império diversas foram as legislações suplementares no âmbito processual penal dentre as quais se destacam:

- Lei de 12 de novembro de 1821 – em que fora extinguido os procedimentos das devassas gerais sobre delitos incertos;
- Decisão de governo 58 de fevereiro de 1824 – recomendando a não concessão de fiança a salteadores presos;
- Decisão de governo 63 de 8 de março de 1824 – mandando proceder contra escrivães que protelarem o andamento de processos de presos miseráveis;
- Decisão de governo 78 de 31 de março de 1824 – determinando que as sentenças sejam fundamentadas;
- Decisão de governo 81 de 2 de abril de 1824 – determinando que o juiz que proceda as devassas não seja o competente para o julgamento;

- Decreto de 17 de abril de 1824 – Dá providências sobre os processos das causas crime;
- Lei de 30 de agosto de 1828 – declarando os casos em que se poderia efetuar prisões cautelares;
- Lei de 6 de junho de 1831 – dando providências de procedimentos penais para a punição de criminosos.

Importante salientar que neste período, que antecede ao Código de Processo Criminal de 1832, foram lançadas as raízes iniciais do que este conteria. A abolição das devassas para crimes incertos, a regulamentação da fiança nos casos de flagrante, a punição para protelação de processos, a necessidade de fundamentação nas sentenças eram mostras de um código mais humanizado que viria a ser criado. Além disso, a regulamentação das prisões cautelares e os procedimentos penais, esta última merecendo destaque pela criação dos Juízes de Paz que, segundo a previsão do art. 6º da sobredita lei, teriam a função de nomear delegados declarando-as por edital, além de cumular a competência dos juízes de paz com os intendentess gerais da polícia, os magistrados criminais, os ouvidores da corte, criando uma inicial confusão, ainda remanescente entre a competência na atuação pré processual e processual. Contudo já havia o entendimento sobre a imparcialidade exarado na decisão de governo 81, de quem procedesse as devassas não seria competente para o julgamento da causa.

Quanto ao procedimento preliminar da investigação esta ainda resumia-se ao procedimento das Ordenações Filipinas, e tal realidade viria a modificar-se não com o advento do Código do Processo Criminal de 1832 já que este não dispunha de nenhuma sistemática quanto à investigação. Dividido em duas partes, a primeira delas trazia a organização judiciária e a segunda a forma do processo. Segundo Boschi (1987, p. 28) fora nesta codificação omitida “qualquer disciplina sobre a fase pré-processual”.

O papel que hoje compete à polícia judiciária competia à época aos Juízos de Paz, que tinham competência fiscalizadora, repressora, bem como de proceder ao Auto de Corpo de Delito e efetuar prisões dos culpados.

A atenção do legislador quanto ao inquérito policial só viria a aparecer no ordenamento jurídico com a lei 261 de 1841 e o regulamento 122 de 2 de fevereiro de 1842. A lei 261 que reformou o Código de Processo Criminal criou a figura dos Chefes de Polícia, que deveriam ser nomeados entre Desembargadores e Juízes de Direito, persistindo a confusão entre a figura que realizaria a instrução pré-processual e processual. Os delegados eram nomeados entre juízes e cidadãos. (BOSCHI, 1987, P. 29)

Neste decreto ainda não estava consolidada a investigação criminal e o inquérito como hoje é conhecido. Iniciando-se pela confusão de papéis entre o judiciário e a polícia judiciária, havia ainda a parcialidade como tônica da investigação³. Como forma procedimental existia o Auto de Formação de Culpa, que sempre era remetido com o despacho de pronúncia ou impronúncia para apenas ser confirmada ou modificada a decisão. Talvez para hoje tenha-se um paralelo entre essa pronúncia ao que se chama de indiciamento, como formação preliminar de culpa para auxílio, hodiernamente na *opinio delicti* do Ministério Público. Tal auto era de competência também dos Juízes de Direito e comandantes militares. Os requerimentos de queixas e denúncias também podiam ser formalizados aos Delegados e Subdelegados, bem como aos Juízes de Paz, sendo que ambos são equivalentes hoje à *notitia criminis*.

Marques (*apud* BOSCHI, 1983, p. 30) que pela clareza merece ser reproduzido refere-se ao período da seguinte forma:

como o chefe de polícia era sempre um magistrado togado e os delegados podiam ser nomeados 'dentre os juizes municipais', o que existia, na realidade, era um autêntico juizado de instrução instaurado com polícia judiciária e administrativa. Chefes de polícia, delegados e subdelegados exerciam funções de instrução preliminar ministradas com aquelas de investigação. Procediam ao corpo de delito (função investigatória) e à formação de culpa (função instrutória), cabendo posteriormente ao juiz o julgamento da causa.

De tal sorte, conclui o autor, que essa mistura entre o poder judiciário e policial criou um reforço aos "poderes repressivos do Estado" na centralização e exacerbação da força policial que fora criada "foi a sua sombra, como disse Euclides da Cunha, que cresceu o império." (MARQUES *apud* BOSCHI, 1983, p. 30)

A separação definitiva na sistemática do processo penal entre as funções policiais e judiciais se deu em 1871 com a lei 2.033, sendo que "esta lei tornou incompatíveis os cargos de polícia com os cargos de juiz municipal e com os de juiz substituto, derogou a disposição que tornava obrigatória a aceitação do cargo de Chefe de Polícia". (BOSCHI, 1983, p. 30-31)

Na mesma lei fora extinta a competência das autoridades policiais para o processo e pronúncia dos crimes comuns (art. 9º parágrafo único), "salva aos Chefes de Polícia a

³ Como se passado tanto tempo fosse tal realidade diferente na sistemática da investigação policial no Brasil.

faculdade de proceder á formação da culpa e pronunciar no caso do art. 60 do regulamento de 31 de janeiro de 1842.”⁴

Ainda no art. 10 §1º estava previsto como atribuição o que seriam as sementes do atual inquérito policial, transcrito aqui pela importância comparativa:

como competência a “formação da culpa nos crimes communs as mesmas autoridades policiaes deverão em seus districtos proceder ás diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos e suas circumstancias e transmitirão aos Promotores Publicos com os autos de corpo de delicto e indicação de testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos colligidos; e desta remessa aoa mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação de culpa. (BRASIL, 1871)

Fora feita a cisão entre a formação da culpa, feita pelo judiciário, e a descoberta preliminar de indícios de culpa e materialidade do fato, bem como circunstâncias, esta pelo delegado de polícia em função não judicante. Ainda assim persistiu a atribuição de funções judicantes para os Chefes de Polícia em casos de calamidade e graves crises locais.

A palavra inquérito policial foi utilizada pela primeira vez no decreto 4.824 de 1871, este tendo dedicado um uma seção exclusiva para tratar as atribuições de Chefe de Polícia, Delegados e subdelegados sendo descrito da seguinte forma:

Art. 11. Compete-lhes, porém:

1º Preparar os processos dos crimes do art. 12 §7º do citado Código procedendo *ex-officio* quanto aos crimes policiaes.

2º Proceder ao inquerito policial e a todas as diligencias para o decobrimento dos factos criminosos e suas circumstancias, inclusive o corpo de deicto.

3º Conceder fiança provisória. (BRASIL, 1871)

Cita Almeida Júnior (1901, p. 204) que a Lei inovou “separando a polícia da judicatura, estabelecendo regras para a prisão preventiva, fiança, extensão da defesa no *summario* da culpa, inquerito policial, extensão do *habeas-corporis*, etc.” acrescentando ainda que:

Em summa, na ultima phase do Imperio, a administração da justiça estava distribuída assim: o Supremo Tribunal de Justiça, onze districtos de Relações, mais de quatrocentas comarcas com juiz de direito e promotor

⁴ Tal dispositivo dizia o seguinte: “O Governo, ou os Presidentes nas Provincias poderão ordenar que os Chefes de Policia se passem temporariamente para um ou outro Termo, ou Comarca da Provincia, quando seja ahi necessaria a sua presença, ou porque a segurança e tranquillidade publica se ache gravemente compromettida; ou porque se tenha alli commettido algum, ou alguns crimes de tal gravidade, e revestidos de circumstancias taes, que requeirão uma investigação mais escrupulosa, activa, imparcial o intelligente; ou finalmente porque se achem envolvidos nos acontcimentos, que occorrerem, pessoas, cujo poderio e prepotencia tolha a marcha regular e livre das Justiças do lugar.”

publico, mais de quinhentos termos com juizes municipaes e conselhos de jurados, innumeraveis districtos de Juizes de Paz. Quanto á policia, havia um Chefe de Policia no municipio neutro e em cada provincia, delegados nos termos, subdelegados nos districtos e inspetores nos quarteirões.” (ALMEIDA JÚNIOR, 1901, p. 204)

Apenas formalmente as raízes positivas foram lançadas neste período, seu espírito já estava sendo praticado. Afirma João Mendes Jr. que tal suposição, ligando a criação do inquérito ao decreto 4.828 perpassa pelo “esquecimento das antigas práticas do nosso processo criminal e da abusiva execução que foi dada ao disposto naquele decreto, execução que se afastava de seu espírito e de sua letra.” e por fim afirma que “já muito antes do decreto havia uma inquirição de testemunhas na policia”. (BOSCHI, 1983, p. 32)

Já existia há muito tempo procedimentos muito similares ao do inquérito no entanto a falta de positivação legal fazia com que cada procedimento fosse feito à sua maneira sem uma sistematização, exatamente essa falta de positivação sistêmica que originou decreto em comento. As raízes ali lançadas indubitavelmente foram as que deram origem à atual forma do inquérito policial, tanto no que concerne à competência do Delegado quanto ao seu objetivo: a busca da materialidade, indícios de autoria e circunstâncias do fato.

Como sistematização o decreto trazia em sua seção III a forma do inquérito policial, onde é possível ver maior ainda a ligação com a forma procedimental adotada hodiernamente da qual podemos destacar a seguinte sequência de atos: 1 – a noticia do crime (art. 38); 2 – as diligências do corpo de delito, busca e apreensão, inquirição de testemunhas, interrogatório do autor e do ofendido e demais esclarecimentos necessários (art. 39); 3 – a prisão em flagrante (art. 40); 4 – A sistemática escrita do inquérito, o corpo de delito obrigatório em crimes materiais, a presença da autoridade no local do crime, o despacho final que se parece com o atual indiciamento e o relatório bem como indicação de testemunhas e remessa ao magistrado dos autos, o prazo do inquérito (art. 42).

Como pode se perceber desde aquele diploma, por sinal extremamente detalhado, não houve significativas alterações até a sistemática do atual inquérito previsto no código de 1942, conforme aduz José Frederico Marques nos seguintes termos:

com a República o instituto sofreu apenas um ligeiro eclipse no antigo Distrito Federal, quando o respectivo Código de Processo Penal, promulgado no quadriênio presidencial de Artur Bernardes, substituiu-o pela investigação. Mas, no governo seguinte, de Washington Luiz, reestabelecido foi, em suas linhas originais, o inquérito policial. Manteve-o o vigente Código de Processo Penal e também o anteprojeto que elaboramos por determinação do Ministro da Justiça. (BOSCHI, 1983, p. 33)

As bases do atual modelo de inquérito policial sofreram, como será visto no capítulo seguinte, poucas mudanças e evolução, sendo apenas uma repetição em alguns pontos aperfeiçoada o que, levando-se em conta o lapso temporal e a evolução dos institutos processuais e mesmo a égide da atual Constituição leva a um anacronismo manifesto e contradições que serão melhor analisadas a seguir.

3 –AS CONTRADIÇÕES ENTRE O INQUÉRITO POLICIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 NO BRASIL

3.1 – Breve conceituação teórica

O inquérito policial, nos dizeres da doutrina brasileira majoritária desde a década de 1940 é um procedimento administrativo consistente em apurar a materialidade do fato em tese criminoso e os indícios de autoria, bem como as suas circunstâncias. Segundo José Frederico Marques é o procedimento destinado à preparação da ação penal e disto decorre que “ apresenta caráter *preparatório e informativo*, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*”. (MARQUES, 1998, p. 139)

Segundo Pitombo (1987, p. 15) quatro pontos emergem da classificação doutrinária majoritária do inquérito policial: é um procedimento cautelar, de natureza administrativa, contendo a investigação criminal, que busca o fato em tese penal e a sua autoria.

Segundo a doutrina mais moderna o inquérito policial é “Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual.” (LOPES JR., 2013, p. 317)

Não se procederam muitas evoluções no que concerne ao modelo do inquérito policial no Brasil, mesmo sob a égide da Constituição de 1988 existindo, até a atualidade, dispositivos claramente contrários à ela.

As consequências iniciais deste anacronismo entre o formato do inquérito policial, sendo similar ao modelo adotado no império e nos tantos regimes ditatoriais no Brasil e a sua larga utilização na atualidade mostram possíveis contradições emergentes deste com a Constituição Brasileira, principalmente na negação dos direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa dentro deste procedimento, inobstante a inexistência de ressalva constitucional para tal direito fundamental.

A insistente repetição de fórmulas já ultrapassadas que defendem que por ser o inquérito procedimento administrativo e não judicial fazem com que não se aplique a ele garantias processuais do processo distam da previsão constitucional do inciso LV do art. 5º da Carta, já que esta assegura claramente o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, ou seja, aqueles sujeitos a procedimento em que se forme, em qualquer grau, a culpa.

O Inquérito policial deve ser visto então como procedimento administrativo com aspectos judicantes, à medida que o delegado de polícia tem a legitimidade postulatória excepcional, podendo peticionar em juízo no que tange à várias questões necessárias à investigação, e principalmente quando se percebe que o inquérito policial, na formação preliminar da culpa, funciona como uma espécie de *judicio acusatone* com a apreciação judicial postergada para a etapa do recebimento da inicial acusatória, possibilitando com base exclusiva neste procedimento o arquivamento do inquérito, a rejeição da inicial e mesmo a absolvição sumária.

3.2 – A (in)aplicabilidade do inquérito policial no ordenamento constitucional de 1988

O inquérito policial inicia-se devido à obrigação inerente ao Estado de investigar, julgar e punir quem cometeu um fato típico, ilícito e culpável. Não é o que comumente se chama de *jus puniendi* pois não se trata de discricionariedade estatal mas sim de Dever-Poder, obrigação, “o Estado não tem, apenas, o direito de punir, mas sobretudo o dever de punir. Seus funcionários devem agir. A ação penal é um dever de ministério público, e não simples direito.” (ALMEIDA *apud* BOSCHI, 1983, p. 18)

Sendo um dever, inicia-se de ofício quando chega ao delegado o conhecimento de um crime por meio da *notitia criminis*. Torna-se reducionista dizer que consiste apenas em um procedimento administrativo, pelas características que resguarda em si. Historicamente o procedimento de investigação buscava a formação preliminar de culpa, finalizando-se na pronúncia feita pelo responsável pelo inquérito, que devia ser ou não confirmada pelo órgão judicante, e após tal confirmação, repetida a instrução e prolatada a sentença: o papel dos

delegados sempre esteve ligado à função jurisdicional. Até hoje o inquérito policial traz consigo atos de instrução não provisória, atos que não podem ser repetidos por diversos motivos, como afirma Pitombo (1987, p. 16) “muitas vezes, trazem atos de instrução penal não provisória, os quais se exemplificam nas buscas, apreensões, exames de corpo de delito, vistorias e avaliações.”

O art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988 prevê claramente e sem ressalvas que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Como se nota fica claro o comando constitucional impositivo - norma de eficácia plena e não programática, para o futuro -, que será assegurado, sem nenhuma ressalva, o contraditório e a ampla defesa, não só no processo, mas quanto aos acusados em geral.

Acusado vem do latim *accusare* que significa “culpar, incriminar, apontar como causa, como motivo de algo”. Ou seja, acusar é formar a culpa de alguém que é apontado como causador de um crime, o que se faz no inquérito, que se finaliza no indiciamento que é uma peça opinativa em que o delegado exara uma *opinio delicti*, bem como na denúncia, peça baseada nos autos do inquérito, em ambos os casos foi formada uma culpa preliminar, ainda incipiente, mas foi formada, e isso só é possível em um procedimento que se busca formar a culpa de um *acusado*, que segundo o comando constitucional, tem direito ao contraditório e a ampla defesa.

Negar que o inquérito policial trata-se de uma acusação preliminar em uma formação cautelar de culpa é reduzir o entendimento da investigação policial e negar as suas próprias raízes históricas, bem como a sua sistemática no Processo Penal.

O inquérito policial trata-se de “uma fase procedimental da *persecutio crimines*, cujo conteúdo destina-se à preliminar formação da culpa” (PITOMBO, 1987, p. 18) Assevera Lobato (*apud* PITOMBO, 1987, p. 18) que a formação de culpa é “...qualquer informação legalmente suficiente para determinar culpa sujeita à acusação criminal. O processo policial, neste sentido, envolve formação de culpa, não pode deixar de ter esta natureza substancial a todo processo criminal.”

Disto decorre a possibilidade de o juiz, com base exclusivamente no inquérito policial, formar a culpa preliminar, ou o *fumus comissi delicti* e determinar medidas cautelares das mais diversas, como busca e apreensão, prisões, medidas restritivas de direito, sequestro de bens, etc, além de permitir o sentenciamento do acusado em diversos momentos como na

absolvição sumária, em que se faz uma valoração apenas dos autos do inquérito, já que não foi ainda produzida nenhuma prova judicial, excetuando-se o procedimento do Tribunal do Júri.

Pimentel (*apud* PITOMBO, 1987, p. 19) defende que o inquérito não é uma simples peça de informação mas um procedimento preparatório em que se forma a prova, estando a autoridade policial imbuída de poderes de investigação, não se tratando de mero procedimento estático, de recolhimento de provas que cheguem ao seu conhecimento. Buscar provas é investigar, é ter uma motivação para a formação de culpa preliminar, por meio de elementos de prova e provas.

O procedimento da investigação policial é um dentre os tantos procedimentos do *persecutio crimines* este que é o caminho no qual se invoca o poder jurisdicional para que seja feita uma ponderação jurídico-racional entre o direito de liberdade e a possibilidade de restrição desta em que *sempre prepondera*, no Brasil, após a Constituição de 1988 a presunção de inocência.

Dentro dele estão os procedimentos das várias modalidades de ações em que se busca esta ponderação - seja ela de forma cautelar, com base na formação preliminar de culpa do inquérito policial, quando se pesa o direito de liberdade com o *periculum libertate* na culpabilidade ainda não formada mais aparente do *fumus comissi delicti* -, seja no trânsito em julgado de sentença condenatória, quando na certeza carreada nos autos (verdade processual) se forma o *corpus criminis*.

Desta forma, torna-se insofismável que o inquérito forma uma preliminar culpa que permite, com base nela, a ponderação pelo magistrado na aplicação medidas cautelares em detrimento ao direito à liberdade do acusado. E como a Constituição assegura em seu art. 5º inciso LV o contraditório e ampla defesa *aos acusados*, torna-se um imperativo a consolidação do direito ao contraditório no inquérito policial. Tal possibilidade não é nova nos sistemas acusatórios. No período Romano como visto, o acusado investigado tinha o direito de acompanhar os autos do inquérito e ainda solicitar a produção de provas ao seu favor.

Defende Lopes Jr. acerca da interpretação do inciso LV do art. 5º constitucional que:

Sucedem que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e

qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo. (LOPES JR., 2013, p. 366)

O enfraquecimento atual do inquérito policial se dá exatamente pela inconformidade deste com o sistema de direitos e garantias estabelecidos pela Constituição federal, principalmente no que concerne ao direito ao contraditório e ampla defesa do acusado que tem a sua culpa sendo formada no procedimento inquisitivo deste sem amparo e sustentação Constitucional, formando no procedimento inquisitivo do inquérito uma ilha anômica dentro de um estado de direito garantidor.

Tucci faz a mesma defesa acerca do comando constitucional do art. 5º inciso LV para o inquérito com as seguintes palavras:

de modo também indubitado, reafirmou os regramentos do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer procedimento administrativo e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial. (TUCCI, 1990, p. 25)

Alguns autores sustentam a existência de uma ampla defesa mitigada no inquérito, defendendo existir nele “a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica)” (LOPES JR., 2013, p. 366) . Além disso há a possibilidade de defesa por via exógena por meio do *habeas corpus* ou mesmo o mandato de segurança. Contudo passa ao largo de ser uma ampla defesa, como preconiza a Constituição, tratando-se de meros resquícios ou rudimentos de uma defesa, em uma restrição de um comando constitucional, previsto sem ressalvas para qualquer tipo de acusação.

Há uma grande dificuldade em se adaptar o inquérito policial previsto na sistemática do código de 1941 de origem fascista com Constituição democrática de 1988, são espíritos diversos, que emanam situações políticos-históricas completamente diversas, a reformulação deste procedimento é um requisito essencial se se quer uma Constituição efetiva

na garantia dos direitos fundamentais, e uma lei processual que realmente esteja em conformidade com a Carta.

Um exemplo da dificuldade de conformidade do inquérito à Constituição de 1988 está na tardia edição da súmula vinculante 14, que prevê o direito do defensor ao inquérito, em um claro atendimento a uma das nuances do contraditório, o conhecimento das imputações que estão sendo feitas ao acusado na fase preliminar, o investigado como sói dizer. Tal súmula só foi editada em 2009, 21 anos após a promulgação da Constituição, em uma mostra da dificuldade e lentidão de se estabelecerem as bases constitucionais ao Processo Penal brasileiro.

Ainda hoje o inquérito como ato unilateral coisifica o investigado sem oportunizar sequer a previsão legal de motivação na negativa eventual de um delegado em uma diligência requerida pelo defensor do investigado, *ex vi* art. 14, onde o ofendido poderá requerer qualquer diligência, mas esta só será atendida se o delegado assim o entender pertinente, não sendo necessário sequer a motivação da negativa e sequer a possibilidade de recurso previsto para combater tal recusa. A presença ainda do art. 21 do Código de Processo Penal é outro anacronismo que permite a incomunicabilidade do preso, que contudo é refutado por grande parte da doutrina atual mais ainda persiste no Código de Processo Penal afrontando a Constituição vigente.

Quanto à formação de culpa no inquérito policial, esta é o processo inicial de formação de culpa operado durante todo o *persecutio criminis*, José Frederico Marques diz que há uma gradação na formação da culpa, desde a *notitia criminis* perpassando pela *opinio delicti* do Ministério Público até a formação da culpa no *corpus criminis*. (MARQUES, 1998, p. 131)

Com tal gradação percebe-se mais claramente que há sim acusação formalizada contra o investigado a partir do momento em que se inicia o inquérito policial por meio de portaria ou mesmo de auto de prisão em flagrante, já que o estado está iniciando a *persecução penal* que pode redundar em condenação ou não, e mesmo preliminarmente em restrição de direitos nas medidas cautelares.

A época da edição do Código de Processo Penal ainda não existia a formação da *opinio delicti* pelo delegado, já que ao final da investigação formalizada na peça do inquérito policial, conforme preceitua o art. 10 e parágrafos do Processo Penal, havia apenas um relatório em que o delegado não emitia opinião, apenas relatava os fatos e passos da marcha

procedimental investigativa. Na sistemática atual, após a lei 12.830/2013, formalizou-se a figura do indiciamento, ato privativo de delegado de polícia em que é exarada a *opinio delicti* sobre o fato penalmente relevante que não vincula, por certo, o *parquet*, mas já demonstra preliminarmente uma formação de culpa preliminar que pode influenciar ou consubstanciar elementos de convicção tanto do Ministério Público na formação de sua *opinio delicti* quanto do magistrado na aplicação de alguma medida cautelar ou mesmo em atos de julgamento antecipado da causa penal como no arquivamento, rejeição da inicial ou mesmo absolvição sumária.

Deve-se ter em mente que em regra o valor do inquérito na decisão final da causa é relativo, não sendo destinados à prolação da sentença, esta devendo ser consubstanciada apenas nos elementos produzidos na instrução processual, no entanto, segundo Marques (*apud* BOSHI, 1983, p. 126) “se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum* que se colherem no inquérito forem tais que gerem a convicção..” poderá ser utilizado complementarmente para a condenação. Sob esta argumentação se será também utilizado como meio de prova, mesmo que complementando e coligindo-se com outras, sem que tenha sido feito sob o crivo do contraditório, tem-se uma ruptura de um direito fundamental de defesa em uma das tantas possibilidades em que o Código de Processo revoga a aplicação de direitos e garantias constitucionais.

Defende Lopes Jr. que os elementos de prova colhidos no inquérito:

“não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional. (LOPES JR., 2013, p. 324-325)

Se o procedimento do inquérito serve para justificar o início do processo de julgamento da causa, existe uma formação de culpa, uma acusação que sói chamar de investigação, que serve da mesma forma como base única, como instrução exclusiva que se tem para que sejam tomadas decisões interlocutórias ou mesmo decisões com força de definitivas e até mesmo sentenças, como por exemplo a absolvição sumária.

4 –A UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO BASE EXCLUSIVA PARA DECISÕES JUDICIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A necessidade de aplicação do comando constitucional do art. 5º inciso LV da Constituição ao inquérito policial se agiganta ainda mais quando se percebe que ele é o instrumento único que é utilizado em vários casos de “morte prematura” do processo no âmbito penal.

Deve-se lembrar de que *ex vi* art. 12 do Código de Processo Penal sempre o Inquérito acompanhara a denúncia, em todos os procedimentos já que não existe previsão processual de seu desentranhamento, podendo vir a influenciar e ser único fundamento, por exemplo, em um julgamento no Tribunal do Júri, o que possibilitaria pensar em uma decisão tomada tendo como base um procedimento em que o acusado não teve possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, o ato unilateral do inquérito muitas vezes serve como base para medidas cautelares penais, sem que seja oportunizado o contraditório e ampla defesa, a não ser por meios exógenos como o do *habeas corpus*.

Sobre a motivação nas decisões consoante o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, poderá o juiz formar a sua convicção exclusivamente em elementos do inquérito, desde que sejam nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas não podendo motivar as suas decisões quanto as outras provas. Desta feita poderá, por exemplo, um juiz fundamentar a sua decisão exclusivamente em uma perícia coligindo-as também com a confissão do acusado feita na delegacia. Assim ele estaria agindo consoante ao disposto no art. 155, pois fundamentaria na prova cautelar da perícia policial, somado à confissão no âmbito do inquérito. Tudo isso sem o crivo do contraditório e ampla defesa no que tange ao contraditório, claro que ela seria exercida de forma postergada, o que pela descontextualização temporal poderia não trazer o efeito desejado na defesa do acusado.

4.1. A coisa julgada no arquivamento do Inquérito Policial

O arquivamento do inquérito policial é a fulminação prematura de uma acusação ainda em sua fase de formação inicial, um ato complexo que depende da manifestação do Ministério Público e da homologação do juiz. É vedado pelo código vigente o arquivamento do inquérito pelo Delegado de Polícia, *ex vi* art. 17 do diploma legal. Tal impossibilidade se dá de uma banda pela indisponibilidade que cerca o *officium perseguendi* e por outro pela necessidade de um ato jurisdicional para sua determinação.

Entendendo a autoridade policial pelo arquivamento do inquérito, seja por ausência de autoria, ou mesmo pela presença de uma excludente e até pela prescrição, deve ela manifestar-se apenas de forma opinativa na peça do indiciamento, sendo que tal opinião não vincula de nenhuma forma a apreciação que será feita pelo *parquet*.

Consoante ao disposto no art.28 do Código de Processo Penal, o arquivamento é ato que se inicia pela manifestação do Ministério Público que deve ser decidido ao fim pelo juiz. O arquivamento quando feito por falta de base para denúncia autoriza a autoridade policial a proceder novas diligências se novas notícias lhe chegarem. (art. 18 CPP).

Não se pode considerar o ato de arquivamento como um mero despacho, pela constatação de algumas questões essenciais, não quanto ao nome dado pelo Código de Processo, mas sim quanto à essência do arquivamento. Neste sentido:

Há doutrinadores que entendem que o arquivamento não seria uma decisão judicial. Com a devida vênia, com tal assertiva não se pode concordar. Se, de um lado, o Código de Processo Penal refere-se ao arquivamento como mero despacho (art. 67, inc. I), do outro, atribui efeitos idênticos à decisão judicial de impronúncia, possibilitando que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, nova denúncia ou queixa seja oferecida se houver nova prova. Ora, como adverte Pacelli, use o que é relevante é a constatação de existência de prova nova tanto para a reabertura da investigação (do inquérito) quanto para a instauração de nova ação penal contra o réu (nos procedimentos do júri), não vemos por que não se atribuir os mesmos efeitos a uma e outra, decisão ou despacho. (LIMA, 2011, p. 179-180)

No que concerne às nomenclaturas dadas pelo Código de Processo Penal de 1942, este não é o melhor dos atributos do diploma. Esta não é uma crítica recente, feita por diversos autores desde Marques (1988, p. 32 e ss) ou mesmo por Pitombo (1987, p. 12 e ss), podemos citar a confusão entre “procedimento” e “processo” no Livro II do código, quando confunde os termos, dentre tantos outros citados pela doutrina Processual Penal. A confusão entre decisão e despacho e estes com sentença é um dos tantos equívocos de nomenclatura empregada que pode trazer à tona questões essenciais quanto a necessidade de aplicação de dispositivos constitucionais como no caso do inquérito policial.

Quando se fala que ao arquivamento é um “mero despacho” (CPP art. 67 inciso I) o próprio código cria um antagonismo em sua interpretação interna com outros dispositivos. Para analisarem-se essas contradições, primeiro é interessante verificar o que a doutrina cita como causas que possibilitam o arquivamento do inquérito policial. Seriam essas causas: ausência de pressuposto processual ou de condições para ação, falta de justa causa para o exercício da ação penal, o fato for atípico (seja atipicidade material ou formal), existir

excludente de ilicitude manifesta, constatar-se uma causa manifesta de excludente de culpabilidade (salvo inimputabilidade) e por fim quando existir uma causa extintiva da punibilidade. (LIMA, 2011, p. 180-181)

Dentre estas, algumas geram um efeito meramente endoprocessual quando da decisão de arquivamento, que são: ausência de pressuposto processual ou condição para ação e falta de justa causa, nos demais casos parece forçoso considerar que a decisão do juiz não faça coisa julgada material e que, por isso, seja uma sentença absolutória em sua acepção.

Quando atenta-se ao mesmo art. 67 do Código retromencionado, que afirma ser o ato do arquivamento despacho, este mesmo artigo afirma ser a extinção de punibilidade um julgamento por meio de uma decisão, da mesma forma que afirma que a decisão sobre a atipicidade é uma sentença. (*ex vi* art. 67 incisos II e III). Da mesma forma, em uma análise sistemática do Código de Processo, em seu art. 385 e também 397, existem as causas em que deverá ser proferida uma sentença absolutória, dentre as quais: atipicidade, extinção de punibilidade, excludentes de ilicitude e culpabilidade (exceto imputabilidade).

Todas essas são decisões definitivas dadas por juiz singular, portanto sentença, nos termos dados por Marques (1998, p. 32-38) ou no mínimo decisões definitivas em sentido lato, ou sentenças de mérito ou processuais definitivas. Cita o autor que “sentença absolutória é aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente. A decisão que julga inadmissível um pronunciamento sobre o mérito da acusação tem caráter processual..”. Ou seja, o arquivamento do inquérito que incide sobre a acusação diretamente, e a torna improcedente é essencialmente uma sentença absolutória em sua mais pura acepção.

Neste sentido merece ser reproduzido tal entendimento pela clareza pontual na questão:

Não surge razoável que se continue a repetir ser o ato de arquivamento de natureza administrativa e, portanto, sem força alguma de coisas julgada judicial. E, ainda, que o Poder Judiciário, que o prolata, apenas, é fiscal da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. (PITOMBO, 1987, p. 22)

A questão é que nos casos que já fora citado, existe claramente uma sentença absolutória e, portanto, não uma mera homologação do ato.

Se é possível o julgamento com a prolação de sentença sobre o fato investigado há inequivocamente um julgamento feito tendo como base os elementos do inquérito, que se torna uma instrução que é utilizada em sua plenitude para o *decisium* do magistrado e opinião

do Ministério Público. Defende Pitombo (1987, p. 19) que o inquérito policial “inteira o processo penal, como a parte integra o todo. Fase, pois, que é da persecução penal, ubicada à formação preliminar da culpa” sustentando ainda que “não é uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais do que isso, é um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação.”

Portanto, sendo procedimento que pode ser utilizado como base única para a prolação de uma sentença absolutória, mais do que nunca está estampada a necessidade de se assegurar o contraditório e ampla defesa no procedimento da investigação policial, já que, produzindo as provas necessárias, e exercitando este contraditório, é possível que a defesa consiga comprovar uma das causas que levem, inicialmente ao arquivamento do inquérito policial, evitando que o investigado seja submetido a um processo penal pesaroso em que a sociedade, não raras vezes, já considera o réu como sinônimo de culpado.

4.2. O inquérito policial e o *judicium causae* do Tribunal do Júri

De outra banda há a possibilidade pela sistemática do Tribunal do Júri de que o réu seja condenado exclusivamente pelos elementos carreados nos autos do inquérito, já que neste procedimento processual vigora o sistema da íntima convicção. Neste desiderato vale repetir as palavras, pela clareza, de um julgado do TJGS citado por José Antônio Paganella Boschi:

Não importa que o veredito tenha se inspirado em prova do inquérito e acolhido a versão que nele se elaborou. Como o jurado julga por íntima convicção, sem motivar a decisão, por isto dispõe, na valoração da prova, de um permitido arbítrio, bem maior que o consentido ao juízo técnico, ao qual a lei obriga fundamentar a sua convicção. Não se pode, por conseguinte, no procedimento do júri, tarifar a prova em judicial e não judicial, para proibir que o jurado forma convencimento com uma e não a forme com outra. (BOSCHI, 1983, p. 128)

De que forma então fica o contraditório e a ampla defesa do réu que foi julgado pelo Tribunal do Júri com base exclusiva no inquérito? Ficam obliterados apenas pelo formalismo e pela conexão fantasiosa de que a Constituição, de alguma forma não muito clara, excepcionou o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial?

Só há uma forma de resolver a este impasse, e seguindo a ordem lógica da hierarquia das normas seria aplicando-se diretamente os dispositivos constitucionais quanto aos direitos e garantias individuais também no inquérito policial, por estes ser um requisito

sine qua non de validade de todas as normas no ordenamento constitucional. A regra hermenêutica é clara: se contraria a Constituição não deve ser aplicado: é inconstitucional!

Claro que é possível que se exerça plenamente a defesa no plenário do júri, contudo ela não será suficiente para modificar a situação que fora corporificada no inquérito policial que encontra-se presente no âmbito dos autos do processo, como um fantasma inquisitivo no seio do procedimento acusatório do júri.

Existe uma severa crítica doutrinária quanto à manutenção dos autos do inquérito no processo do Tribunal do Júri, conforme Nicolitt (2014, p. 503) “por contaminar a convicção do julgador por elementos desprovidos de contraditório, já que com o recebimento da denúncia ou queixa o inquérito esgota a sua função”.

Mesmo sendo interessante a observação, seria mais proveitoso a incrustação do contraditório e ampla defesa no inquérito, assim este seguiria sem possibilidade de macular o julgamento, pois teria sido feito acobertado pelo crivo das garantias constitucionais, em uma constitucionalização do processo, na busca pela sua conformidade constitucional.

Há sempre uma busca pela manutenção de um procedimento inquisitivo dentro de um processo penal democrático, o que torna-se inviável sobre o crivo dos direitos e garantias constitucionais, manter tal distanciamento entre o processo judicial e o procedimento policial no que tange às garantias é trazer de qualquer forma a mácula do inquérito, que remonta aos tempos do “prende e rebenta” e das torturas das legislações régias à nossa atualidade, conforme o que vemos iterativamente acontecer e ser amplamente noticiado nos jornais diários.

4.3. O inquérito policial e a possibilidade da absolvição sumária

Na atual sistemática processual ainda poderia ser citada a absolvição sumária do art. 397 do Processo Penal, em que é possibilitado ao magistrado um juízo aprofundado de mérito para um julgamento antecipado da lide nos casos de manifesta excludente de ilicitude, culpabilidade (exceto inimputabilidade), a atipicidade ou a extinção da punibilidade. São fatos que são analisados unicamente sob a ótica do inquérito policial, sem a produção de nenhuma prova sob o crivo do contraditório e ampla defesa, já que a única manifestação formal do acusado estaria na resposta à acusação, esta que não consiste em ato instrutório processual.

Desta feita o momento da absolvição sumária poderia ser claramente mais bem aproveitado, na extinção prematura do feito processual quando já no inquérito policial se

permitisse o contraditório e ampla defesa para a produção de elementos que pudessem levar o magistrado a esta convicção neste momento processual com mais segurança e justeza.

Resguardadas as diferenças parece um dissenso impossibilitar o contraditório e ampla defesa no inquérito, seja pelos prejuízos que pode gerar no âmbito do arquivamento, da possibilidade de rejeição da inicial, seja, na possibilidade da absolvição sumária, seja no âmbito do Tribunal do Júri pela possibilidade de julgamento com base unicamente no inquérito policial.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS: a aplicação constitucional ao inquérito policial

Pelos mais diversos motivos verifica-se, que em diversos âmbitos, o Processo Penal encontra-se destoante da Constituição brasileira de 1988. O inquérito policial regulamentado muito superficialmente, em seus conceitos básicos pelo Código de 1941 não trouxe muitas inovações das práticas investigativas inauguradas ainda no tempo do Império, nos idos de 1871 no Brasil, trazendo ranços de uma cultura totalmente diversa da atualidade. A falta de regulamento específico para os atos do inquérito e sua extremada inquisitorialidade, mostra que existe um grande distanciamento entre os princípios do Processo Penal trazido no rol das garantias constitucionais em 1988 e a prática cotidiana da etapa pré-processual que não deixa de compor a totalidade do Processo Penal brasileiro, por ser parte integrante da persecução penal.

Há uma insistência, talvez de origem histórica e cultural, quanto à necessidade de se permitir a imposição de medidas “duras” no combate ao crime, formando ilha anômicas em delegacias de polícia, e gerando contradições gritantes com a Constituição. No âmbito do inquérito policial, a sua regulamentação atual e grande parte da doutrina e jurisprudência, há uma obliteração da realidade, onde por um instante em uma determinada etapa da formação de culpa, parecem ser esquecidos os princípios constitucionais, e efetivamente o são.

Se antes havia uma grande confusão, desde a idade média na Europa até o século XVIII no Brasil entre o papel do delegado e do magistrado, hoje tais funções encontram-se totalmente separadas, mas sem muito efeito, já que em muitos casos os juízes que atuam deferindo medidas cautelares e participando, ainda que indiretamente na instrução preliminar, continuam a participar na etapa processual, esquivando-se o nosso ordenamento em perceber que tal atuação pode trazer uma mácula na imparcialidade judicial.

A história que muitas vezes trás uma sensação de evolução nos mostra no inquérito policial brasileiro uma clara estagnação, uma mera repetição pouco inovada do mesmo procedimento adotado nos idos do século XVIII no Brasil, da mesma forma sem nenhuma garantia, mesmo que estejamos atualmente sob a regência de uma Constituição com um extenso rol de direitos e garantias individuais. No meio do caminho entre a criação do código ora vigente e hoje tivemos a Constituição de 1988, e muito do que é determinado por ela é esquecido, ou faz-se vista grossa para o seu esquecimento. A constitucionalização do inquérito policial, bem como a constitucionalização do Processo Penal, é um processo lento que não mostra sinais de grandes evoluções. A manutenção de um inquérito que serviu bem ao regime ditatorial que precedeu a atual Constituição em um regime democrático como temos hoje é um sinal claro de tal anacronismo evidente.

O ostracismo do inquérito policial da ordem constitucional brasileira se revela em suas contradições ululantes com a sistemática dos direitos e garantias penais trazidos pela Constituição de 1988. Com a criação unicamente doutrinária, extrapolando os limites constitucionalmente previstos, cria-se uma ressalva quanto à aplicação do art. 5º inciso LV da Carta, unicamente sob o argumento que por ser procedimento administrativo não é possível o contraditório e ampla defesa no inquérito, esquecendo-se em sua grande parte, que o inciso em comento não ressaltou esta possibilidade aos acusados “em geral”, e essencialmente o inquérito tem como fundamento uma acusação de algo, sendo o procedimento inicial da *persecutio criminis*, onde inequivocamente se iniciar a formação de culpa.

Para formar culpa é preciso de uma acusação, independentemente se ela é chamada de investigação ou processo, o que muda é apenas a gradação da culpa na sua variação entre o *fumus comissi delicti* e o *corporis crimines*.

Além de todos os fatores já expostos, o inquérito policial mesmo não podendo ser utilizado, na sistemática processual, como único meio para a condenação, pode ser utilizado em diversos momentos, em maior ou menor grau, para fundamentar sentenças, sejam elas absolutórias ou condenatórias.

No âmbito do Tribunal do Júri, por exemplo, podem os jurados condenar um réu apenas com base no inquérito. Mesmo que o Plenário do Júri seja um procedimento em que se exerce plenamente o contraditório, nada ali mudará o que está materializado no corpo do Inquérito Policial, naquele procedimento pretérito unilateral onde tudo se falou sobre o acusado sem ele sequer poder manifestar-se na plenitude de sua defesa. Um acusador capaz de

convencer aos jurados, que são leigos em geral, daquele procedimento, pode levar a uma condenação tendo como base exclusiva aquele procedimento, onde o investigado fora alijado de todos (ou a maioria) de seus direitos e garantias constitucionais, como se uma ilha de exceção permanente fosse autorizada pelo legislador infraconstitucional.

A possibilidade de contraditório e ampla defesa no inquérito mostra-se também essencial quando se verifica a possibilidade de que o juiz fulmine prematuramente a causa, sem sequer passar pelo procedimento instrutório judicial. Esse é o caso da absolvição sumária, que toma como base apenas a instrução preliminar feita no corpo do inquérito policial, juntamente com as alegações da acusação na peça inicial e na resposta à acusação do acusado. Apenas se detendo sobre tal questão é possível ver uma similaridade entre a instrução preliminar e o *judicium accusatione* do procedimento do Tribunal do Júri, onde, ressalvadas as peculiaridades, também pode o magistrado absolver sumariamente o réu após a instrução, com as mesmas causas que são previstas no art. 397 do CPP. Possibilitar o contraditório e ampla defesa no inquérito policial é possibilitar que nestes casos, em que estejam presentes os motivos para a absolvição sumária, a defesa possa já no inquérito, produzir os elementos de provas ou mesmo provas que levarão a dissolução prematura do feito processual.

Igual medida de argumentos cabe também à possibilidade de arquivamento do Inquérito policial, que em alguns momentos resguarda características de coisa julgada material, como o caso de atipicidade, excludente de ilicitude ou culpabilidade (exceto inimputabilidade) e mesmo a prescrição. Da mesma forma para tal decisão tanto o Juiz quanto o Ministério Público, por ser ato complexo, tomam como base exclusiva a produção de elementos feita no âmbito da instrução preliminar que é o inquérito policial.

Apenas para consubstanciar de mais argumentos a falácia corrente de que o inquérito é apenas procedimento que não possibilita a aplicação de garantias constitucionais, temos ainda a possibilidade clara de um vário escopo de medidas cautelares serem tomadas pelo magistrado, seja a pedido, seja de ofício, em diferentes momentos processuais, apenas tendo como base o inquérito policial. É possível a segregação de liberdade provisória e diversas outras medidas cautelares, que terão como base única e exclusiva a versão apontada pelo Delegado, unilateralmente, sem sequer levar-se em conta os argumentos da parte acusada, em um rompimento mais do que ululante com as garantias e direitos fundamentais.

Obliterar a possibilidade de ampla defesa e contraditório no inquérito é permitir que alguém seja julgado sem que tais institutos sejam garantidos, ou mesmo restringir as

ferramentas que possibilitam, processualmente, a extinção preliminar do feito, como no caso da absolvição sumária, o arquivamento do inquérito, a rejeição da inicial acusatória, já que sem voz e vez no inquérito não é possível que um advogado utilize-se deliberadamente destas ferramentas, ficando à mercê única e exclusiva da discricionariedade, que não raras vezes é tida por unilateralidade punitivista, reflexo do sistema penal brasileiro, que faz com que questões que poderiam fulminar o processo, ou mitigar seus efeitos cautelares sejam “diminuídas” ou até esquecidas na composição daquela peça inquisitiva.

Por mais que pareça antagônico, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, vozes que defendem que o contraditório e a ampla defesa no inquérito inviabilizaria o inquérito, no reducionismo da utilização do princípio administrativista da soberania do interesse público sobre o privado, como se este princípio permitisse solapar os direitos e garantias individuais, que vale falar, são inclusive cláusulas pétreas, não podendo sequer serem suprimidos de nossa ordem constitucional vigente sem materializar-se no fim dela própria. Tal argumento é inadmissível na era de constitucionalização das legislações, no atendimento e respeito à força emanante da Carta de 1988.

O fortalecimento dos princípios constitucionais podem fazer com que o valor da instrução pré-processual ampliado no processo e pode permitir que a instrução criminal seja fortalecida, não gerando impunidade, e sim trazendo ou melhor, inaugurando uma etapa de extinção das ilhas anômicas em nosso direito, ilhas que como o caso do inquérito, criam cláusulas supraleais de inaplicabilidade de direitos e garantias individuais. A conformidade do procedimento investigativo que gera o inquérito trará essenciais mudanças no Processo Penal brasileiro iniciando um rumo ao que este ramo do direito deve efetivamente ser: o caminho pelo qual, sob a luz dos direitos e garantias constitucionais, será buscada a realização da justiça.

5 – BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

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

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal Brasileiro**. vol. 1. Laemmert & C., São Paulo, 1901.

BOSCHI, José Antônio P. **Persecução Penal**: inquérito policial, ação penal e Ministério Público. AIDE. Rio de Janeiro, 1987.

_____, José Antônio P. **Evolução do Código de Processo Penal**: mesa redonda no I seminário de política de memória institucional e historiografia. in: Revista Justiça & História - Volume 3 - Nº 5, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. vol. 1. Trad: Francisco José Galvão Bruno. Bookseller. Campinas-SP, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**. 30º ed. Malheiros, São Paulo, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1961.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** – São Paulo, 2013. ano 7.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Impetus. Niterói-RJ, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 1º ed. vol. 1 Bookseller. Campinas, SP, 1998.

_____. José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2º ed. vol. 1 Bookseller. Campinas, SP, 1998.

_____. José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 3º ed. vol. 1 Bookseller. Campinas, SP, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Processo Penal**. 16 ed. Atlas. São Paulo. 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **BREVE ESBOÇO A RESPEITO DA INEXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO**. on line, disponível em: <
<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2013/08/BREVE-ESBOCO-DE-UMA-CRITICA-A-EXISTENCIA-DE-UMA-SUPOSTA-TEORIA-GERAL-DO-PROCESSO.pdf>>
acesso em 12/01/2015.

PIRANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Javoli. Bauru – SP, 1983.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Inquérito Policial**: novas tendências. CEJUP. Belém, 1987.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. trad: Edson Bini. EDIPRO. Bauru-SP, 2003.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Processual Penal**: organização sistêmica. Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. in: **Revista Jurídica**. ed. 281, p. 48-64. Porto Alegre, 2001.

_____. **Lineamentos do processo penal romano**. Bushatsky. São Paulo, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010.