

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

**A PROVA COLHIDA PELO INQUÉRITO POLICIAL
PRESSUPONDO UM MODELO PARTICIPATIVO DE
INVESTIGAÇÃO**

José Boanerges Meira

Belo Horizonte

2007

José Boanerges Meira

**A PROVA COLHIDA PELO INQUÉRITO POLICIAL
PRESSUPONDO UM MODELO PARTICIPATIVO DE
INVESTIGAÇÃO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira

Belo Horizonte

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M515p Meira, José Boanerges
A prova colhida pelo inquérito policial pressupondo um modelo participativo de investigação / José Boanerges Meira. Belo Horizonte, 2007. 171 f.

Orientador: José Marcos Rodrigues Vieira
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo penal. 2. Inquérito policial. 3. Prova (Direito). 4. Direitos fundamentais. 5. Presunção de inocência. I. Vieira, José Marcos Rodrigues. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.1

José Boanerges Meira

A prova colhida pelo inquérito policial pressupondo um modelo participativo de investigação

Tese defendida e aprovada, em 28 de agosto de 2007, pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira - Orientador

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Profa. Dra. Flaviane Magalhães de Barros Pellegrini

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Prof. Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes

A LÍgia, Sophia e Estêvão.
A Dom Joaquim Giovanni Mol Guimarães.
Ao Padre Jerzy Wydrych.

Aos amigos, pela inestimável ajuda na conclusão e defesa deste trabalho.

Aos Professores José Marcos Rodrigues Vieira, César Augusto de Castro Fiúza e Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini.

“Ante a exposição da verdade, não te esquives à meditação sobre as luzes que recebes. Quem fita o céu, de relance, sem contemplá-lo, não enxerga as estrelas; e quem ouve uma sinfonia, sem abrir-lhe a acústica da alma, não lhe percebe as notas divinas [...]”.

RESUMO

No exame da fase pré-processual, etapa em que ocorre a colheita de provas, percebe-se não ser assegurada ao investigado a possibilidade de intervir e oferecer contra-prova diante do material probatório que compõe os autos da investigação criminal. A defesa técnica e a autodefesa são mantidas à margem dessa discussão, com prejuízos irreparáveis ao indiciado, que deveria contar com a garantia do devido processo a seu favor. Propõe-se um modelo de investigação criminal participativo, com a adoção de um juizado de instrução, através do qual permitir-se-á ao investigado valer-se do devido processo legal.

Palavras-chave: Processo Penal; Inquérito Policial; Prova; Garantia do Devido Processo Penal.

ABSTRACT

The analysis of preliminary action, as first phase in Brazilian criminal procedure flow of events, indicates that citizen who is investigate (suspect) has no guarantee of his/her rights to access and offer counter-proof to evidence collected and indexed in police inquest reports. Technical Defense and self-defense are driven out of procedural acts, without measuring of damages inflicted to suspect, who must have right of due legal process law in her/his benefit. It is proposed new model of participating criminal inquest, by setting instruction settlement which allows effectively due legal process.

Key-Words: Criminal Process; Police Inquest; Evidence; Guarantee of due criminal process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS PACTOS HUMANITÁRIOS E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REVISÃO DO PROCESSO PENAL	15
2.1 Direito do ser humano e do cidadão nos pactos humanitários	16
2.2 A influência dos pactos humanitários em relação às regras orientadoras do processo penal	18
<i>2.2.1 Presunção de inocência.....</i>	<i>19</i>
<i>2.2.2 Contraditório.....</i>	<i>20</i>
<i>2.2.3 Ampla defesa.....</i>	<i>22</i>
2.3 A constituição aplicada ao processo como forma de fazer valer as garantias fundamentais.....	23
2.4 Considerações sobre o Estado Democrático de Direito.....	26
3 AS INTERFACES DO PROCESSO PENAL ATUAL COM UM ESTADO DITATORIAL	28
3.1 O <i>jus puniendi</i>	29
3.2 O <i>ius persecutionis</i>	32
<i>3.2.1 Características do processo penal</i>	<i>33</i>
<i>3.2.2 A lide e o processo penal</i>	<i>34</i>
4 A IDENTIFICAÇÃO DA FASE PRÉ-PROCESSUAL DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM UM SISTEMA INQUISITÓRIO E NÃO ACUSATÓRIO	37
4.1 Conceito de sistema e diferenciação entre sistema acusatório e inquisitório.....	37
<i>4.1.1 Origem dos sistemas acusatório e inquisitório</i>	<i>38</i>
<i>4.1.2 Características de um sistema e do outro sistema</i>	<i>39</i>
<i>4.1.3 A confusão conceitual.....</i>	<i>40</i>
<i>4.1.4 A importância do estudo dos sistemas acusatório e inquisitório na elaboração de modelo de processo penal.....</i>	<i>41</i>
4.2 A identificação da investigação criminal brasileira com o sistema inquisitório....	42
<i>4.2.1 A origem e o significado do termo “polícia”</i>	<i>44</i>

4.2.2 A origem do inquérito.....	45
4.2.3 O inquérito no Brasil.....	47
4.3 Os anteprojetos de Código de Processo Penal	50
4.4 Conceitos atuais	54
4.4.1 Inquérito policial	55
4.4.2 A Polícia Judiciária.....	55
4.4.3 A instauração do procedimento investigatório	55
4.4.4 Inaplicabilidade das regras orientadoras do processo na fase inquisitória	58
4.4.5 O destinatário imediato e mediato do inquérito policial	59
4.4.6 Prazos para a conclusão do inquérito policial	60
4.4.7 A presença do curador ao indiciado menor no inquérito	61
4.4.8 As provas colhidas durante a fase investigatória	62
4.4.9 O valor probante das provas colhidas pelo inquérito	64
4.4.10 O sigilo das investigações	64
4.4.11 A incomunicabilidade do indiciado preso.....	65
4.4.12 O inquérito policial e as autoridades que possuem a chamada prerrogativa de função.....	66
4.4.13 A função do juiz na fase pré-processual.....	66
4.4.14 O Ministério Público e a investigação criminal	67
4.4.15 Nulidades e inquérito policial	68
5 A LEGISLAÇÃO COMPARADA COMO INSPIRAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE PARADIGMA PARA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..	70
5.1 O Código de Processo Penal Português	71
5.2 O Código de Processo Penal Italiano	77
5.3 A legislação espanhola.....	81
5.4 A legislação francesa	89
5.4.1 As fontes históricas do processo penal francês	89
5.4.2 Os sistemas e as influências na atual legislação processual francesa	93
5.4.3 O papel do juiz instrutor.....	98
5.4.4 O juiz das liberdades.....	98
5.5 A legislação alemã.....	99
6 A OBTENÇÃO DE PROVA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	117

6.1 O princípio da verdade real.....	118
6.2 A inexistência da identidade física do juiz no processo penal	121
6.3 A oralidade	123
6.4 A função anômala do Juiz na colheita e produção de provas.....	123
6.5 Da prova no propriamente dita no processo penal.....	130
6.5.1 <i>Algumas considerações sobre a “teoria” da prova</i>	131
6.5.1.1 <i>Thema probandi</i>	131
6.5.1.2 <i>O ônus probandi</i>	131
6.5.1.3 <i>O objeto da prova</i>	132
6.5.2 <i>Princípios que regem as provas no âmbito penal</i>	132
6.5.3 <i>A prova ilícita</i>	133
6.5.4 <i>Prova testemunhal</i>	134
6.5.5 <i>Prova pericial</i>	135
6.5.6 <i>Prova documental</i>	135
6.5.7 <i>A busca e apreensão</i>	136
6.5.8 <i>As medidas de urgência para combater a alta criminalidade ainda na fase investigatória</i>	136
7 CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS	143
ANEXOS	154
ANEXO A - Projeto de lei nº 4.209 que altera dispositivo do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências	155
ANEXO B - Projeto de Lei nº 4.209, de 2001 - Mensagem nº 215/2001.....	163
ANEXO C - Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001	168
ANEXO D - Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001	169
ANEXO E - Emenda nº 3 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001	170
ANEXO F - Emenda nº 4 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001	171

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) assegurou ao cidadão inúmeras garantias, entre as quais destaca-se a garantia referente ao devido processo legal, caso o cidadão seja submetido a processo judicial ou administrativo. A leitura dos dispositivos que remetem às garantias indicadas no texto constitucional converge ao afirmar que *somente* por ocasião do processo é possível ao cidadão invocá-las. Entretanto, considera-se que tal leitura é, de alguma forma, superficial e que é relevante examinar detidamente o real alcance dos incisos constitucionais envolvidos.

Primeiramente, constata-se na redação do art. 5º e seus incisos que o atual texto constitucional *apenas* sugere a existência de garantias mínimas e, em respeito ao cidadão, tais garantias podem e devem ser ampliadas nos casos que coloquem em foco questões relacionadas à efetiva proteção ao direito de defesa.

Ademais, pode-se trazer à colação o Princípio da Dignidade Humana estampado em vários Pactos Humanitários, como o Pacto de São José da Costa Rica¹. Esse documento, recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio nos termos dos art. 1º, inciso III, e especial também no art. 5º, incisos III, VI, X, XI, XXXV, XXXIX, XLI, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, LV, LVI, LVII, LXII, LXIV, LXV, LXXVIII², configura reforço à idéia acima exposta, na medida em que o Pacto corrobora a necessidade de se enfatizar as cláusulas da ampla defesa e do contraditório.

Acrescente-se à presente discussão a constatação de que o Estado Democrático tem por obrigação fazer prevalecer o respeito à dignidade dos seus cidadãos. Assim, quaisquer

¹ O Pacto de São José da Costa Rica, além de constituir instrumento de efetiva garantia aos direitos fundamentais do cidadão, representa avanço do Direito, na medida em que possibilita a existência de garantias mínimas, no sentido de que o cidadão não seja exposto a medidas restritivas de liberdade de forma indevida, em especial, àquelas que resultem em privação de liberdade. Ressalte-se, também a importância da Convenção contra a tortura e outros tratamentos, assim como penas cruéis, desumanas ou degradantes. O Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, pode ser compreendido, também, como instrumento de reforço às garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos, inclusive nos e durante os momentos em que estiverem submetidos a medidas constritivas de liberdade.

² Os incisos acima apontados influíram na elaboração das seguintes leis: Lei nº 9.455/1997, que define a prática de tortura e é legislação penal com ênfase na punição dos chamados crimes de tortura praticados pelos agentes públicos no exercício de suas funções públicas; Lei nº 9.296/1996, que regulamenta inciso constitucional relativo às escutas telefônicas e sua utilização como meio de prova, após autorização judicial; Lei nº 8.072/1990, que define os chamados crimes hediondos e as suas modificações anteriores; Lei nº 9.455/1997 (atual 12.850/13), criada para combater a formação de organizações criminosas; e a lei antitóxicos, Lei nº 11.343/2006, e suas modificações referentes às figuras típicas existentes naquela legislação.

sejam as formas de procedimentos aos quais os cidadãos forem chamados a participar, ser-lhes-á garantido o direito ao devido processo legal.

Nessa perspectiva, não é, pois, concebível que direitos inalienáveis à disposição do cidadão somente sejam reconhecidos a partir de pronunciamento judicial prévio ou que se exija enfrentar extensa judicialização como condição de validade e reconhecimento de tais direitos. Assim, se, por um lado, o reconhecimento da garantia advém do próprio texto constitucional quando mantém o devido processo constitucional, por outro, envolve a revisão de paradigmas, com ênfase na esfera do Direito Processual Penal, no campo atinente ao inquérito policial e às provas nessa instância coletadas.

Considera-se, pois, inelutável questionar o modelo vigente na atual doutrina pátria do Direito Processual Penal, marcadamente inconstitucional, vincado como é por paradigmas superados, e introduzir discussão em torno do instituto do devido processo constitucional. Busca-se estabelecer condição de possibilidade para a garantia do direito aos cidadãos de invocar a ampla defesa e o contraditório, pois não é lícito submeter quem quer que seja do povo a qualquer espécie de processo ou procedimento, seja administrativo, civil ou trabalhista, ou, até mesmo, de investigação policial, sem que ao processado ou ao investigado seja reconhecido tal direito.

Ao enfrentar tal objetivo a nortear esta pesquisa, optou-se pelo método dedutivo-comparativo, a partir de levantamento bibliográfico criterioso da chamada “moderna doutrina” do Direito Processual Penal, afinada com leitura constitucional do Processo e, também, com base no estudo das práticas de outras nações, de forma a assegurar, pela técnica do Direito Comparado, o conhecimento do ordenamento jurídico pátrio e a compreensão de outras soluções jurídicas e modelos possíveis.

Assim, a investigação não almeja definir conjunto de regras e princípios. Apresentam-se, sim, as percepções do pesquisador, em novas perspectivas, com foco naquelas que melhor se adaptem a um moderno sistema judicial e jurídico, de modo poder oferecer reflexão crítica acerca dos já senis institutos do Direito Processual Penal pátrio.

Nesses termos, o percurso investigativo proposto, após esta introdução, inicia-se com o debate em torno dos pactos humanitários internacionais e sua contribuição para o processo penal, no capítulo dois. A abordagem envolve o exame desses textos legais e sua contribuição para o surgimento de novas leis. Entende-se que revelam certo despertar na conscientização da existência dos princípios sufragados pelo Texto Constitucional e sua importância para a modificação de alguns dogmas mantidos pela atual Ciência do Processo Penal.

O terceiro capítulo se reserva à consideração da teoria da Constituição aplicada ao Processo Penal. Para tanto, traz-se à discussão a necessidade de situar a Processo Penal no contexto das garantias constitucionais.

Já, o quarto capítulo introduz a relação do processo penal com o Estado Democrático e o quinto, as polêmicas interfaces do processo penal atual com um Estado ditatorial. O que se busca é revisar idéias obsoletas, desveladas em institutos concebidos na perspectiva de um Estado ditatorial, os quais impingem culpabilidade presumida aos cidadãos quando submetidos aos rigores da atual legislação.

O capítulo seis se aplica a demonstrar a legitimidade e viabilidade da legislação comparada como inspiração para elaboração de paradigma para o Código de Processo Penal. Este bloco focará, em especial, o modelo alemão em virtude de sua precisão, clareza e celeridade, com o fim explícito de demonstrar que é possível um Processo Penal sem inquérito policial, mas com um juizado de instrução em que se assegure ao inculpaado direito ao devido processo legal.

Como passo inicial e necessário ao processo penal, a produção de provas é objeto do capítulo sete, que propõe discutir a forma de obtenção de provas no atual Código de Processo Penal brasileiro. Apresentam-se os questionamentos relativos ao próprio conceito de prova e o papel reservado aos meios de prova, sempre na óptica do devido processo legal.

A título de conclusão, retomar-se-ão os principais pontos deste processo investigativo através de breve relatório com a demonstração final dos objetivos e da argumentação utilizada nesta pesquisa. Nesta última etapa, será articulado, explicitamente, que a extinção do procedimento investigatório, em face das provas colhidas, é não constitucional.

Inserem-se, em divisão pós-textual, alguns anexos, no intuito de demonstrar as infrutíferas iniciativas de revitalizar a investigação criminal a qualquer custo, porém sem a preocupação de avaliar a figura do indiciado e as provas colhidas e sem a consideração das garantias constitucionais.

Entende-se, também, ser relevante citar autores e mestres que se debateram com o mesmo tema no Brasil e indicar o espaço original em que esta pesquisa se insere, destacando sua contribuição. Por isso, é mister iniciar a apresentação deste trabalho com a análise dos Pactos Humanitários, os quais, pela abrangência e importância, servem de esteio para a elaboração de nova Teoria do Processo Penal sintonizada com a questão delicada da humanização do Processo Penal. Frisa-se, sem receio de ser repetitivo, dada a relevância do tema, que é necessário que se laborem veementemente as garantias fundamentais inspiradas naquelas legislações.

2 OS PACTOS HUMANITÁRIOS E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REVISÃO DO PROCESSO PENAL

Em leis de cunho humanitário, como se caracteriza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), verifica-se preocupação em resguardar os direitos humanos fundamentais. Asseguram-se, pois, ao cidadão as garantias máximas e mínimas no que tange ao devido processo, como instrumento de valorização da dignidade humana. Não se pode olvidar que os direitos fundamentais cumprem missão relevante, quando se entende que

[...] a primeira função dos direitos humanos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e dos outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2002. p. 407).

José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 18-19) entende que a discussão da proteção aos direitos da pessoa humana deve avançar. Ao descrever o papel que tal discussão necessita desempenhar junto às constituições na Pós-Modernidade, ressalta o sentido a ser dado à questão da proteção dos “direitos do homem”:

[...] Um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos ‘direitos do homem’ como *ratio essendi* do Estado Constitucional (cf. *infra*, Parte IV, Cap. 1º, e Cap. 5º). Quer fossem considerados como ‘direitos naturais’, ‘direitos do homem’, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal. Além de apontarem para a realização progressiva do homem num mundo progressivamente melhor (tensão escatológica), os direitos do homem forneciam um ‘critério’, um ‘fundamento’, uma ‘verdade’, um ‘valor’ universal para se distinguir entre ‘Estado constitucional’ e ‘Estado não constitucional’. Alguma coisa mudou no pós-modernismo. Aparentemente, assiste-se ao revigorar do subjetivismo nos direitos fundamentais, em sintonia com o ‘subjetivismo radical’ que se detecta na poesia, na música, na nova ‘religiosidade’, nos movimentos políticos e até nas teorias científicas. O mundo pós-moderno será mesmo um mundo plural (‘dos discursos’, das ‘histórias’ das ‘idéias’, dos ‘progressos’) onde existe apenas um singular: o indivíduo [...].

Nessa óptica, em função da inviolabilidade, intemporalidade e universalidade dos direitos fundamentais, dentre eles o do devido processo constitucional, a presente discussão se

volta ao campo do Direito Processual Penal como meio de modernizá-lo e adequá-lo aos paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

Conduz-se o debate em direção ao campo dos Pactos Humanitários, a seguir, e, para tanto, examinam-se a influência desses documentos e os seus pressupostos em relação às regras orientadoras do Processo Penal. Procura-se demonstrar a necessidade de essas regras legitimarem-se como fonte de produção para o moderno Processo Penal brasileiro, de forma que esse se torne instrumento a serviço das garantias à disposição do cidadão e se evite sua submissão desnecessária à Lei.

2.1 Direito do ser humano e do cidadão nos pactos humanitários

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³ mensura a necessidade de preservação da dignidade da condição humana, ao fazer com que essa proposta seja norteadora das legislações modernas. Constatam-se a referência a esse ideal na análise dos Arts. I e XXVI, que a seguir se transcrevem:

Artigo I - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. [...]

Artigo XXVI - Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente até que sua culpabilidade seja provada. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida de uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não sejam infligidas penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ preocupa-se em resguardar o cidadão da ação nefasta e arbitrária do Estado, em especial por ocasião da investigação criminal e do processo, como se aduz de seus artigos III e XI, item 1, transcritos na seqüência:

³ A Declaração dos Estados Unidos da América enfatizou a necessidade de se considerar o cidadão inocente até que seja provada a sua culpabilidade. De antemão, é afastado o juízo prévio da culpabilidade. Esse ideário remonta à Carta de João Sem Terra, de 1215, em especial quando ressalta a necessidade de não submeter o cidadão a medidas restritivas de liberdades de forma aleatória, sem autorização judicial competente.

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um marco na história da humanidade ao transformar o ser humano em objeto de preocupação e estabelecer as garantias mínimas ao cidadão quando submetido ao cumprimento de medidas restritivas de liberdade.

Artigo III - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Artigo XI

[...]

1- Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa fique legalmente comprovada em um julgamento público, no qual todas as garantias necessárias à sua defesa lhe tenham sido asseguradas.⁵

Já, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada, também, de Pacto de São José da Costa Rica, enfatiza a questão dos direitos relativos à condição do cidadão submetido à investigação ou ao processo, reconhecendo-lhe direitos inalienáveis:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões de sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

[...]

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça [...].⁶

Dos princípios acolhidos nessas legislações, subsume-se que:

[...] o Processo Penal não pode, em momento algum, abandonar o compromisso de respeito à liberdade do acusado. Só se admite a cassação da liberdade, quando tal se fizer necessária. Ser necessária, obviamente, nada tem a ver com a defesa pura e simples dos interesses sociais. O velho refrão de preservação da ordem pública, paz pública, não pode ser invocado cegamente para banir o cidadão da sociedade e confiná-lo atrás das grades, por meras conjecturas formalistas. Marcelo Caetano, ao enfatizar a liberdade e a dignidade da pessoa humana, é feliz ao dizer que “[...] o compromisso da sociedade política é a liberdade, constituindo-se a autoridade um sistema de restrições só admissível na medida do estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais” (MEIRA, 1999, p. 37).

Marcelo Catoni (2001, p.116-136) evoca John Rawls ao advertir acerca da preservação da liberdade individual do cidadão:

⁵ Pactos Humanitários. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

⁶ Pactos Humanitários. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Para tanto, Rawls busca mostrar como as liberdades e sua prioridade podem ser fundamentais na concepção de cidadão como pessoa livre e igual, dotada de faculdades morais, associada a uma determinada concepção de cooperação social, conjuntamente com uma formulação mais sofisticada de bens primários [...] A concepção política de pessoa, como livre e igual, que pode ser dita liberal, também não pode ser entendida como um ideal diretamente imputado às partes na posição original. Ela adentra a concepção de Justiça como Equanimidade mediante as restrições do razoável à formação dos bens primários, respectivamente impostas à disposição das partes, no sentido de possibilitar, através de sua racionalidade deliberativa, as concepções determinadas de bem dos cidadãos que apresentam.

2.2 A influência dos pactos humanitários em relação às regras orientadoras do processo penal

Na esteira do tema desenvolvido no item anterior e em função de sua relevância para o Direito Processual Penal, ressalta-se a importância dos Pactos Humanitários na redefinição e estudo das regras orientadoras. Assume-se que, na medida em que se resgate o devido processo legal e se entenda melhor o seu real significado para o processo, é que se poderá aplicá-lo ao campo do Direito Processual Penal e criar condições para sua existência nas diversas fases procedimentais, inclusive na fase pré-processual.

Tal se torna pertinente, tendo em vista que essas regras orientadoras são inerentes à própria condição do ser humano. Ademais, tais regras estabelecem relação direta com os Tratados e Convenções Internacionais em que foram acolhidas, como se demonstrou no cotejamento dos textos dos Pactos Humanitários no início deste capítulo. Almeja-se, através da releitura desses Tratados, alcançar inspiração para a revisão de institutos do Direito Processual Penal a partir dos Princípios da Inocência, do Contraditório e da Ampla Defesa aplicados em perspectiva moderna, através de um juizado de instrução em substituição ao inquérito policial.

As garantias asseguradas nesses Princípios não podem ser desprezadas, pois são direitos inalienáveis que acompanham o cidadão, na condição de garantias mínimas e máximas, em qualquer momento em que o mesmo compareça diante do Poder Público na condição de investigado ou processado. Essa concepção já está presente e explicitada nos diplomas processuais penais europeus. Frisa-se, mais uma vez, que no Velho Continente tal discussão já perpassa a legislação portuguesa, italiana e alemã.

2.2.1 Presunção de inocência

Primeiramente, destaca-se a questão da presunção de inocência. Cumpre explicitar que se opta por não empregar nesta pesquisa o termo “não-culpabilidade”, elegendo o termo “inocência” como a condição *a priori* do cidadão, para evitar associação ao fascismo, regime em que a expressão foi empregada pejorativamente, em sinal de desdém à manutenção das garantias fundamentais do cidadão, retiradas pelo Estado Fascista⁷. Justificado o emprego da expressão e definidos seus contornos neste trabalho, passa-se a tratar da questão da presunção de inocência.

A presunção de inocência lança raízes históricas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e, recentemente, na Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁸

No Brasil, a Constituição Federal de 1998 estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A CRFB/1988 consagra, assim, a presunção de inocência.

No Direito Processual Penal pátrio, a idéia da presunção de inocência foi tratada por Weber Martins Batista (1985, p. 26) como “idéia-força, ou seja, uma idéia destinada a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo penal que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa”. Em acepção mais ampla, Alfredo Vélez Mariconde (1969, p. 40-42) trabalha a presunção de inocência e a identifica em dois segmentos básicos e distintos, a saber, o campo legislativo e o processual. Transcreve-se sua lição:

A riqueza extraordinária desse princípio constitucional, cuja errônea formulação não deve e nem pode ocultar significado substancial, projeta-se em dois campos distintos, como passaremos a ver: no legislativo, no qual se advertem as diretivas que lhe impõem o legislador, e cuja observância permite ajustar a lei processual à Constituição; e, no campo processual, em que se reconhece o surgimento de diversas regras que presidem a obra dos órgãos jurisdicionais.

A. No campo legislativo:

Em primeiro lugar, o princípio de inocência explica, com relação ao imputado, o

⁷ Na Itália de Mussolini, no auge do regime ditatorial, o termo era utilizado em certo tom de escárnio e com o firme propósito de impingir ao cidadão, de forma desdenhosa, o não reconhecimento dos direitos mais elementares, e, dentre esses, o de ser considerado, em princípio, cidadão inocente. Veja-se, por exemplo, o tratamento dispensado aos investigados pelo Código de Processo Penal de 1930, apelidado de “Código de Mármore”, em que o cidadão era presumidamente culpado e era seu dever colaborar na descoberta da verdade.

⁸ Esta Convenção reforça em muito as garantias já explicitadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

princípio da inviolabilidade da defesa, que examinaremos posteriormente, uma vez que ambos exigem que aquele seja tratado como sujeito de uma relação jurídico-processual, e não como mero objeto de persecução judicial, vale dizer como pessoa inocente que é, submetida a procedimento por se suspeitar de sua culpabilidade, e a quem, em consequência, se deve acordar os poderes necessários para que possa obstar, adequadamente, a imputação.

B. No campo processual:

Não menos importante é a influência de nosso dogma no campo processual, vale dizer, quando ilumina a atividade jurisdicional ou impõe regras ao julgador e a outros órgãos jurisdicionais, posto que todos devem aplicar a Constituição antes da lei ordinária.

Alfredo Vélez Mariconde (1969, p. 46-47) retoma o tema da presunção de inocência associado à prova arrecadada pelos órgãos do Estado, tendo em mira a necessidade de preservar os direitos do investigado:

É certo que esta concepção moderna repousa no caráter público do interesse que determina o processo penal, o que significa que a obrigação de investigar a verdade incumbe aos órgãos do Estado, sem que a atividade probatória (que lhes corresponde, em primeiro lugar) e o objeto da prova (indisponível) possam encontrar limites derivados da conduta das partes; mas, se o processo tutela a liberdade pessoal, e o imputado é inocente, até que se acredite e declare sua culpabilidade, parece-me inquestionável que o dogma constitucional exclua em absoluto a obrigação de provar por parte do imputado; este não tem o dever de provar nada, ainda que tenha o direito de fazê-lo, pois goza de situação jurídica que não requer ser constituída, senão que deve ser destruída; sem a prova de sua culpabilidade seguirá sendo inocente, e, portanto, deverá ser absolvido.⁹

2.2.2 Contraditório

João Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 79-82), em relação ao tema do contraditório, conclui que é complemento e correlativo da ação da parte. Ensina, ainda, que se pode identificar a prioridade processual do contraditório

[...] na ciência, que a cada litigante deve ser dada, dos atos praticados pelo contendor. Estimulado pela notícia desses atos é que, conhecendo-os, o interessado em contraditá-los pode efetivar essa contrariedade [...] Forçosamente devemos concluir do exposto uma regra prática indiscutível: sempre que encontramos

⁹ Minha tradução de: “[...] Es cierta la concepción moderna reposa en el carácter público del interés que determina el proceso penal, lo que significa la obligación en investigar la verdad incumbe a los órganos del Estado, sin que la actividad probatoria (que a ellos les corresponde, en primer lugar) y el objeto de la prueba (indisponible) puedan encontrar límites derivados de la conducta de las partes; pero si el proceso tutela la libertad personal, y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad. Me parece indudable que el dogma constitucional excluye la carga probatoria del imputado; este e no tiene deber de probar nada, aunque tenga el derecho de hacerlo, pues goza de una situación jurídica que no requiere sóller destruída; si no se le prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente, por lo tanto, deberá ser absuelto [...]”.

prescrita pela lei, a necessidade de citação, notificação, intimação, a ambas as partes, relativamente a qualquer ato processual, defrontamo-nos com uma aplicação do princípio do contraditório [...].

O essencial ao processo é que as partes sejam postas em condições de se contraditarem [...] O contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contraditá-los. A contrariedade é ação das partes. Tem suas raízes naturais no conflito de interesses e se manifesta processualmente na representação desse conflito diante do juiz [...].

O princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele cumuláveis. Isso significa que o réu não deve ser processado sem citação e sem o termo para a contrariedade [...] Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

O conceito de contraditório exposto por João Canuto Mendes de Almeida se apresenta a partir da necessidade de demonstrar as implicações de envolver, na discussão do conceito, somente a questão primordial da comunicação dos atos processuais às partes, para lhes permitir, assim, a intervenção ao longo do procedimento e de forma eficaz na manutenção do interesses dos representados.

Não se pode deixar de mencionar a contribuição de Fazzalari sobre o tema, na análise de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127):

[...] A idéia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia da partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os 'interessados e os contra-interessados' na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio [...].

Já, o conceito elaborado por Rosemiro Pereira Leal (2005c) é mais abrangente, na medida em que busca retratar o instituto em outra dimensão, a saber, a teoria de constitucionalidade democrática processualizada, como se depreende das suas palavras:

Há de se entender o contraditório como a oportunidade de produção formalizada de sentido e assegurada a partir dos conteúdos de um ordenamento jurídico na preparação de um provimento (decisão) que possa afetar acertadamente ou júris-satisfação de direitos processualmente alegados. O que requer atenção na **teoria processual da democracia** na contemporaneidade (que já está na pós-modernidade) é essa novidade do discurso jurídico problematizante de não aceitação de uma politéia como meio natural de o homem engendrar pela *práxis-lexis* de feições gregas uma autolimitação social por uma isegoria crédula numa isonomia perante uma **LEI MÍTICA E UTÓPICA** (*themis*), isto é: uma igualdade de todos os diferentes por idênticas crenças numa tradição ou idéias pressupostamente condutoras da vida e destino humano ou numa assembléia de especialistas heróis ou

guerreiros por um saber irrecorrível (decretos-leis, falas erísticas, jurisprudências unânime por uma *phronesis* do bem viver, súmulas prototípicas irreversíveis, medidas provisórias definitivas, tutelas de urgência virtuais, vedação de integral fiscalidade do sistema) [...].

O que não se olvida é que sem o contraditório o devido processo legal inexistente. Não se pode imaginar a validade de qualquer fase procedimental se ausente tal garantia. Nesses termos, inclui-se a fase investigatória marcada por atrocidades, as quais poderiam ser evitadas se o investigado fosse chamado a conhecer o que contra ele foi apurado e, efetivamente, pudesse oferecer sua contra-prova.

2.2.3 *Ampla defesa*

De início, cabe trazer à colação a revisão do instituto da ampla defesa elaborada a partir de “linguagem” processualizada, como preleciona Rosemiro Pereira Leal (2006c, p. 14):

[...] ao se assegurar a ampla defesa como direito fundamental, assegura-se o direito de argumentação das minorias no mesmo espaço tempo procedimental processualizado das maiorias e vice-versa. Esse direito é que impede o fechamento dos sistemas (a criação das sociedades fechadas no sentido de Popper). Por isso é que um direito caracterizador da **democracia**, no sentido pós-moderno ao se valer de juízos dispositivos, rompe com o dogma da fala paranóica, se a cada um se reconhecer constitucionalmente a possibilidade de apontar aporias (**direito ao contraditório**) nos discursos juridicamente normalizados. Em sendo o homem ser da linguagem (advindo de línguas que originariamente não criou), há de ser posto um direito que lhe permita seu autor de si mesmo pela possibilidade de contrariar linguagens pré-unificantes e fundar lingüisticidades habilitadas a legislar suas opiniões e vontades por critérios cujos fundamentos sejam continuamente obtidos em bases processualizadas [...].

Em trabalho anterior, o presente pesquisador empenhou-se em conceituar o instituto da ampla defesa e trazer sua contribuição, ainda que limitada, à discussão sob o prisma da necessidade de serem preservadas as defesa técnica e a autodefesa, imprescindíveis ao Processo Penal e empregam-se, aqui, os resultados daquele esforço investigativo. Assim, entende-se ampla defesa na forma que se segue.

[...] [por ampla defesa entende-se] o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela [a ampla defesa] assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Não é só em juízo que se impõe a observância de procedimento que possibilite a defesa. Também em processo administrativo deve ficar assegurada esta condição. A ampla

defesa, que também é vista como continuidade do *due process of law* no processo penal, consagrada na Carta Magna desde 1946, vê-se, agora, sensivelmente ampliada no texto do inciso LV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *verbis*: ‘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 ele inerentes [...]’. (MEIRA, 1999, p. 44-45).

É possível, assim, examinar a ampla defesa apoiando-se referencialmente na presença de defesa técnica e de autodefesa. A defesa técnica, necessariamente, envolve a assistência de um profissional do Direito, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), apto, nesses termos, a praticar atos na defesa do cidadão investigado ou acusado, a fim de resguardar os interesses desse cidadão diante da persecução penal exercida pelos órgãos do Estado em todas as fases processuais, e utilizar os conhecimentos técnicos necessários para ilidir, se possível, a pretensão punitiva.

A autodefesa consiste na oportunidade que dispõe o investigado ou acusado de, em alguns momentos, realizar a própria defesa sem a assistência de um profissional do Direito. Tal se verifica no instante em que o indiciado é ouvido pela autoridade policial, ou quando, durante a fase de inquérito policial, o cidadão reserva-se o direito de permanecer em silêncio ou até mesmo deixar de comparecer a atos que exigiriam sua presença. A defesa somente será considerada ampla se houver a conjunção desses desideratos.

Ao encerrar este tópico, registra-se que se procurou destacar a função dos principais elementos que compõem o devido processo legal: contraditório e ampla defesa. Esses são elementos originários, que iluminam o sistema constitucional que efetivamente adota o modelo de garantias. A presença desses elementos constitui alicerce para elaboração de um modelo constitucional com reflexos no campo do Direito Processual Penal. Faz-se, pois, necessário que se adiante a discussão, tomando como espectro a Teoria da Constituição, o que se procurará desenvolver no próximo tópico.

2.3 A constituição aplicada ao processo como forma de fazer valer as garantias fundamentais

Para se compreender a aplicação da Constituição ao processo legal em um Estado Democrático e sua importância na construção de modelo constitucional de investigação criminal, no recorte desta pesquisa, optou-se, inicialmente, por recorrer às idéias expostas por

José de Oliveira Baracho e Rosemiro Pereira Leal, pois ambos se preocupam em valorizar os institutos vinculados aos princípios fundamentais aplicados ao processo legal.

A obra de José de Oliveira Baracho (1984, p. 125-126) é marco fundamental no estudo do Direito Processual Constitucional:

A aproximação entre Constituição e Processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: ‘A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional’ [...]. O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que destes decorram [...]. As normas constitucionais do processo sobre o processo estão na parte dogmática, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais. A organização jurisdicional está empreendida o que se denomina de sistema orgânico, relacionado as normas constitucionais.

Já Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 87) preleciona acerca do processo legal como garantia constitucional, como se transcreve a seguir:

Muito se fala do devido processo legal como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual LEI decorre o *due process*. A faticidade inesclarecida, saber a qual se apóia a expressão *due process*, como herança da *Magna Charta Libertatum* outorgada por João Sem Terra (1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do devido processo legal. Na origem histórica dessa expressão (*due process of law*), a concretização do direito pelo ‘devido processo’ (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (juízes) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direitos. O pressuposto do exercício e garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seu pares que viessem a proferir o julgamento, isto é: a paridade definia-se pela condição sócio-econômico-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo o povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão **devido processo legal** quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais reveladas pelo Rei.

A discussão que se fundamenta na Teoria da Constituição em direção a um modelo de Processo Penal possibilita a criação de modelo investigatório e passa, obrigatoriamente, pela revisão do papel reservado aos direitos fundamentais e aos direitos de cidadania estabelecidos pelo Constitucionalismo moderno. Assim, porque

[...] requer a aceitação da ‘proteção dos direitos humanos fundamentais’, enveredasse pelo paradigma do Estado de Direito do liberalismo que concede proteção de

direitos fundamentais como uma outorga de direitos vindos de uma assembléia de especialistas (constituintes originários) a um povo-consumidor desses direitos, trabalhando uma **cidadania** já constitucionalmente posta como uma situação de direito pronta e acabada em que os destinatários normativos seriam cidadãos ‘desde o início, livres e iguais, respondendo com suas opções e com elas aprendendo’ conforme enfatiza Menelich de Carvalho Netto ao concluir a sua apresentação da obra de Rosenfeld. Ora, nesse marco se apregoa uma comunidade de princípios por uma hermenêutica extra-sistêmica e não por uma principiologia discursivo-constitucionalizada (**devido processo**) para o exercício processual-procedimentalizado caracterizador de uma **cidadania** como *legitimatío* de auto-incluídência no sistema de direitos fundamentais criados no âmbito do **devido processo legislativo**, este sim: a ser praticado desde o início da construção constituinte dos direitos, não por normas *interna-corporis* infiscalizáveis, mas pelo **devido processo** a ser adotado e aberto a todos (difusa e concentradamente) desde início da produção da constitucionalidade [...] (LEAL, 2005c, p. 8).

Ocorrendo a transformação acima exposta, chegar-se-á à maturidade do sistema, identificada pela conexão e diálogo entre a Democracia e o processo legal, realizada, necessariamente pela “linguagem” processualizada:

[...] Em suma, **processo e democracia** estabelecem uma relacionalidade que torna possível uma LINGUAGEM processualizada (sentido neo-institucionalizada) supletiva das significâncias na construção decisória da existência, incidência, supressão ou confirmação da normatividade democrática para um controle de constitucionalidade (fiscalidade plenária) incessante e aberto a qualquer do povo, sem quaisquer ônus (art. 5º, LXXVII, da CB/88), como instituto de auto-inclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados [...] (LEAL, 2005c, p. 13).

Em outro giro, a ampla defesa e o contraditório possuem implicações para os mais variados ramos processuais, na medida em que lançam desafios de diversos matizes aos vários institutos processuais. Ressalta-se nessa questão o Direito Processual Penal, devido à sua atual estrutura hermética e retrógrada que, em muitos momentos, oprime e avilta o cidadão, o qual, por infelicidade, veio ser submetido a ele. O desrespeito é tamanho que, até hoje, há quem insista em manter longe desse ramo do Direito quaisquer discussões que impliquem revisão dos seus paradigmas.

Não se pode compartilhar do entendimento, esposado por vários expoentes da doutrina tradicional do processo penal, em especial Hélio Tornaghi, Frederico Marques, Eduardo E. Filho, Romeu de Pires Barros e outros de que a proposta de estender a ampla defesa e o contraditório à fase pré-processual seja utópica. Tal procedimento, nessa fase, poderia ser considerado apenas como investigação e não como processo formalmente considerado. A mística de que a investigação policial só faz o bem e que o investigado é obrigado a suportá-la, remete ao princípio da defesa social, festejado por ocasião da

elaboração do atual estatuto processual, pelo qual o cidadão deve despojar-se de todos os seus direitos em prol do Estado.

Como os ventos atualmente sopram em outra direção, felizmente, não é possível ao pesquisador e intérprete do Direito assumir a postura pusilânime de que tudo está na mais perfeita ordem e de que o Estado Moderno a tudo provê. Essa afirmação é falaciosa, pois as arbitrariedades cometidas pelo Estado-Investigador desafiam a compreensão de qualquer cidadão, na medida em que inocentes são arrastados ao cárcere sob as mais diversas suspeitas, aproximando-se daquela situação dantesca descrita que Beccaria (1983, p. 45) retratou na sua obra, *Dos Delitos e Das Penas*, na qual a violência legitimava as ações durante a investigação e o processo.

Concluindo, como afirmou o Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça, Ministro Edson Vidigal (2005, p. 9), na abertura do Seminário Internacional de Propostas para um Novo Modelo de Persecução Criminal - Combate à Impunidade:

Não é apenas a impunidade o grave problema brasileiro. Nosso maior problema - não podemos perdê-lo de vista - é a pobreza. O país continua muito desigual. Dois por cento da população brasileira detêm mais de 50% da renda nacional, o que é muito grave. A economia brasileira formal trabalha sob uma das maiores cargas tributárias do mundo que já está em 36,74% do Produto Interno Bruto (PIB). A soma, no que diz respeito aos recordes de arrecadação, aponta inadimplência estimulada em quase 500 bilhões de reais, e essa inadimplência significa também sonegação, significa dinheiro que deveria estar a caminho do orçamento público, porque - tenho dito - orçamento enfraquecido é democracia enfraquecida, e democracia enfraquecida resulta em desespero, em descrença da sociedade nos valores que nos têm sustentado como nação [...] A polícia está carente de todo o tipo de recursos, não só a polícia dos estados, a polícia civil, mas também, e especialmente, a polícia federal, defasada em seu contingente que hoje deveria ter, no mínimo, 20 mil efetivos, entre agentes, delegados e peritos. Como enfrentar tudo isso se, de repente, vamos nos defrontar com problemas de caixa de governo? Por mais que a arrecadação alcance recordes, por mais que a arrecadação dobre, encontraremos sempre a mesma resposta: O Orçamento, o Tesouro não dispõe de recursos para investimentos.

2.4 Considerações sobre o Estado Democrático de Direito

Não é objetivo deste trabalho perpassar as várias teorias que explicam o surgimento do Estado Democrático de Direito a partir do conceito de paradigma de Kuhn. Adota-se, na íntegra, a exposição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 161) quando afirma:

[...] Inobstante, confessamos nossa preferência pela posição doutrinária que enxerga o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas, de sorte que, como sustenta

Canotilho, 'tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito', ou seja, 'tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas' (CANOTILHO, 1999, p. 227), entre as quais, enfatizamos, pela sua importância, avultam as regras constitucionais [...].

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 162) aborda, ainda, a estrutura do Estado Democrático da seguinte maneira:

Já o Estado Democrático tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo (artigo 1º, incisos I, II, parágrafo único; artigo 14 e artigo 60, § 4º, inciso II), instrumentalizadas via sufrágio universal, por meio do voto direto, secreto e igual para todos, ao prever o texto constitucional brasileiro que o povo, substrato humano componente da comunidade política do Estado, formada de pessoas livres, além de seus representantes, também exerce participação democrática ostensiva na resolução dos problemas e questões nacionais, por meio do processo constitucional [...].

As relações do Processo Penal brasileiro remontam ao Sistema Inquisitório, passando pelo Estado Novo da Era Vargas, indiferentes ao que não fosse a defesa dos interesses sociais. Entretanto, as experiências de outros países desafiam os profissionais e pesquisadores do Direito Processual no Brasil e demonstram que é possível ao Processo Penal conviver, e bem, com as garantias constitucionais nas diversas etapas da persecução penal. Entende-se que para tal, bastaria, tão somente, a revisão de alguns dogmas, como por exemplo, o da ampla defesa e do contraditório ao longo desse procedimento em contraditório, sem, em qualquer instância, representar prejuízo ao interesse público, desde que se mantenha a concepção participativa coerente com um processo democrático.

Daí, passa-se à discussão, inadiável, da realidade das interfaces do Direito Penal brasileiro atual com um Estado Ditatorial.

3 AS INTERFACES DO PROCESSO PENAL ATUAL COM UM ESTADO DITATORIAL

Não é possível cotejar o Processo Penal brasileiro atual sem perceber seus laços atávicos com as legislações autoritárias e repressivas. Historicamente, a estrutura do processo penal brasileiro guarda relação direta e estreita com o sistema inquisitório, haja vista as influências do antigo Direito Medieval presente nas Ordenações do Reino, a primeira legislação processual penal utilizada na *Terra de Santa Cruz*.

O discurso do poder sedimentado na lei e na ordem, sem qualquer participação democrática, é a base da construção do Estado repressor. Verifica-se que tal eixo de sustentação estabelece-se como justificativa de um instrumentalismo exacerbado, predominantemente voltado para destacar as figuras míticas do juiz e da jurisdição. Portadora desse discurso ultrapassado, a doutrina atual ainda encontra forças para defender a intervenção do Estado na órbita da vida privada, fundamentando-se no direito de punir e no argumento de que o Estado detém o monopólio desse direito.

Alternativa e contemporaneamente, propõe-se estudar esse processo deslocando a discussão metajurídica para a temática constitucional do devido processo constitucional. Essa é temática recente que, com o advento do atual texto constitucional, não pode ser relegada ao plano da fantasia e da utopia.

A mudança de orientação de rumos do Processo Penal, como já mencionado no capítulo anterior, é fruto de mentalidade renovada na leitura dos Pactos Humanitários, assumindo-os como fonte primordial da revisão das legislações ortodoxas elaboradas na concepção de Estado Autoritário.

Essa reflexão já alcançou certa maturação no final do século passado, na elevação dos Direitos Humanos como meta a ser respeitada nos ordenamentos jurídicos europeus. Hoje, embora tímida, no Brasil, a discussão encontra espaço, pois há preocupação por parte da nova doutrina em transpor esses importantes conceitos ao Processo Penal a fim de torná-lo, efetivamente, instrumento de garantia da liberdade do cidadão inocente.

3.1 O *jus puniendi*

Embora não seja objetivo deste trabalho enveredar-se pelo campo do Direito Material, é indispensável que se coteje o conceito de *jus puniendi* para demonstrar sua interferência na formação de legislação que privilegia o processo em exarcebada concepção instrumentalista e, conseqüentemente, de Estado Ditatorial. Considera-se que tal orientação não representa possibilidade de avanços no processo e nem possibilidade de revisão dos institutos do Direito Processual Penal.

É consenso que não há como se viver em sociedade sem que haja o concurso das leis regendo as relações e estabelecendo limites. Mas, tais leis, necessariamente, precisam ser geradas a partir de parâmetros democráticos, ou seja, com a devida participação popular na sua criação.

Ainda que se inaugurem novo século e milênio, há necessidade de leis para regulamentar as relações humanas. O ser humano não respeita “naturalmente” o seu próprio semelhante e ainda não se assistiu ao despertar de consciência social e individual em que os cidadãos se pautem sem a necessidade de leis para reger as suas relações cotidianas.

O cenário da Pós-Modernidade, em nada difere do de séculos passados, ou seja, recorrentemente se aposta no sucesso do Estado e de seus órgãos, como entidades abstratas que resolvam todas as necessidades do humano e do cidadão. Para os acólitos desse pensamento, como o penalista Nelson Hungria, nos seus *Comentários Ao Código Penal*, não é viável discutir o poder de punir sem se reportar a tais considerações. Como se vê essa concepção se encontra em obras contemporâneas de Direito Penal, em desconsideração mesmo à promulgação da atual Constituição Cidadã. Persiste, assim, equívoco histórico frente à concepção moderna de processo espelhado em modelo participativo e democrático.

No intuito de defender a idéia de Estado, acima de tudo e de todos, Ney de Moura Teles (2005, p. 36) argumenta que

[...] a vida em sociedade é complexa e exige toda a obediência a um conjunto de regras de comportamento. O homem não é absolutamente livre para fazer o que bem quiser, pois vive sob a égide de normas de conduta, criadas por ele mesmo, por meio do Estado, que ele também instituiu.

Para justificar, de forma racional e organizada, a intervenção do Estado na vida do cidadão, Hélio Tornaghi, em seu *Compêndio de Processo Penal*, esforça-se nesse contexto de

ordem para explicar o papel desenvolvido pelo Estado e o Órgão-Juiz na solução dos graves problemas da sociedade, em matéria processual penal:

Antes que o Estado avocasse a missão de fazer justiça, outras foram as maneiras de solucionar os litígios. Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial), surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não ensejava a paz e que, portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranqüilidade e a ordem. Por isso, o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transaccional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse à solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. [...] Impondo-se o Estado como solucionador de conflitos, surge a figura do juiz, órgão dele, que formula a regra para a solução das contendas. A norma jurídica e, nessa fase, de formulação jurisprudencial. O juiz julga *secundum aequitatem*, isto é, segundo o sentimento que tem do que é Direito. Pesa os fatores morais, as razões de conveniência, a feição do povo, tudo aquilo que só denominar-se equidade. O juiz, no contato do direito com a realidade, dá forma à regra que flutua na consciência geral (TORNAGHI, 1967, p. 6-7).

Não se partilha aqui do ensino do ilustre mestre, pois, apesar da organização destinada ao Estado como reitor de uma sociedade justa e equilibrada, não se pode deixar a cargo somente do Juiz e da lei prover toda a regularidade de um sistema jurídico, a fim de torná-lo justo e equilibrado. Urge que se desloque o eixo temático dessa sempiterna discussão para os parâmetros constitucionais, e, nesses últimos, às garantias individuais asseguradas ao cidadão, a saber, a ampla defesa e o contraditório, consideradas como o eixo de sustentação, e esse, por seu turno, amparado por um sistema processual moderno afinado com um Estado Democrático.

Estendendo a reflexão ao campo penal, faz-se necessário rever alguns paradigmas. Por exemplo, o fenômeno crime não pode continuar a ser examinado como se fosse acontecimento que se passa apenas entre autor e vítima, como ensinam alguns centenários manuais da Ciência Penal. Como não se pode olvidar que a ação delituosa, em suas causas e efeitos, volte-se contra a própria sociedade, é inadmissível exame desse fenômeno que não implique análise das suas repercussões na sociedade.

Sabe-se que a razão da preocupação por parte do Direito Penal reside, em grande parte, no discurso adotado pela Teoria do Crime que legitima a Teoria do Tipo, ao justificar a necessidade de estimular a repressão, como reflete o mote de que “toda ação delituosa lesa ou expõe a perigo determinado bem jurídico resguardado pelo Direito”. Testemunham estudantes e pesquisadores: é o que ensina a Ciência Penal! Assim, os mais renomados penalistas e processualistas não se afastaram, ainda, dessa visão e sustentam em seus manuais que

[...] o delito implica em um ataque a bens sociais ou públicos, a repressão do delinqüente constitui - como já dito - uma necessidade vital, um fim essencial e uma função exclusiva do Estado, de modo que este, em virtude do ordenamento jurídico que tutela estes bens, se torna titular de um poder (poder de exercício obrigatório, ou simplesmente, poder-dever) de reprimir o transgressor da norma penal, e não titular de um mero 'direito subjetivo' de punir. Para exercitar esse poder e cumprir sua atividade repressiva - necessariamente irrefutável, constante e complexa - o Estado institui diversos órgãos (não somente o jurisdicional), pois a inobservância do direito penal (público) lhe impõe uma atitude ativa, bem distinta da (passiva) que observa ante a presente inobservância do direito civil (privado); e que tem interesse direto e imediato em que se atue realmente a lei penal, em que se administre a justiça (MARICONDE, 1969, p. 177-178).¹⁰

Adotar o raciocínio exposto acima, que em nada se aproxima de um Direito Penal da Contemporaneidade, é assegurar que a intervenção do Estado seja a mínima possível na vida do cidadão, e que sejam impostas as medidas restritivas de liberdade em última instância. Entretanto não é que se verifica atualmente, pois, na doutrina pátria, ao violar a norma, o agente estimula a intervenção estatal. Essa se dará através da atuação de diversos órgãos, criados e mantidos pelo próprio aparato estatal, que têm por finalidade precípua recompor o equilíbrio social que foi retirado pela ação delituosa empreendida pelos criminosos. Tal reação estatal é imprescindível, na medida em que se compreende sua ação para salvaguardar os bens jurídicos, evitando-se a incidência de outras condutas delituosas indesejadas.

O poder e o dever de punir o autor da infração, o *jus puniendi*, surge em meio a esse conflito como instrumento à disposição do Estado para autorizar a si próprio a submeter o agente às providências previstas nas legislações penais e processuais. Ora, o poder-dever de punir, “nas sociedades civilizadas, é privativo, exclusivo, do Estado, sendo, por isso, inadmissível, em regra, hodiernamente, a vingança de mão própria, até por ter o Direito Penal ‘uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de expressão privada’” (TUCCI, 2005, p. 163).

Em que pese caber ao Estado o exercício do poder-dever de punir o cidadão infrator através de seus órgãos, constata-se, também, que a estrutura estatal apresenta sinais de envelhecimento e debilidade. Ainda hoje, lamentavelmente, para alguns autores, esse dogma, no campo da Ciência Processual, é tido como irrefutável. Mantém-se a figura proeminente do

¹⁰ Minha tradução de: “[...] el delito implica un ataque a bienes sociales o públicos, la represión del delincuente constituye - como ya se ha dicho - una necesidad vital un fin esencial y una función exclusiva del Estado, de modo que este, en virtud del ordenamiento jurídico que tutela esos bienes, resulta titular de una potestad (poder de ejercicio obligatorio, o simplemente, poder-deber) de reprimir al transgresor de la norma penal, y no titular de un mero derecho de punir”.

Estado garantidor de tudo e todos, inclusive, como entidade que atua com a máxima desenvoltura no momento de apurar as infrações penais, para dar mostras da sua onipresença. Não é possível imaginar que o chamado Estado moderno consiga, rápida e eficazmente, reparar os vários crimes cotidianos e, muito menos, apurá-los prontamente.

Por limitação normativa, em especial aquela prevista no art. 354 do Código Penal Brasileiro, não é possível ao cidadão fazer valer seus direitos através da força física, mesmo quando sua honra, liberdade, patrimônio, integridade corporal e outros bens jurídicos são atingidos pela ação delituosa. Assim, embora o cidadão tenha sido atingido pela ação delituosa, a pretensão punitiva continuará a ser exercida pelo Estado em seu nome. Como essa proibição reside na necessidade de o Estado resguardar o monopólio do poder-dever de punir e manter sua soberania, impossível ao cidadão tomar em suas mãos a resolução dos seus problemas. Estão a cargo exclusivo do Estado as providências a serem tomadas.

Esses aforismos fazem parte da concepção utilizada por um Estado Autoritário, ao qual recorrentemente têm aludido esta pesquisa, nutrida pelos vários regimes de exceção vivenciados ao longo da história do Brasil. Esses regimes de exceção, de uma maneira ou de outra, ditaram regras recepcionadas no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de manterem em funcionamento o Direito e o Processo Penal. A revisão desses conceitos implica mudança na orientação dogmática, ou seja, há que se abandonar o pressuposto de que o Estado está acima de tudo e de todos, e carrear para o centro da discussão as garantias constitucionais em um procedimento em contraditório como meio de possibilitar ao cidadão defesa dos seus direitos fundamentais, não só ao longo da investigação, criminal, mas, também, do próprio processo.

3.2 O *ius persecutionis*

Praticado o delito, como já dito, é imperiosa a intervenção estatal. Essa intervenção é perceptível, em especial, no campo da ordem social, a ser realizada, indiretamente, pelo próprio Estado. É a chamada coação indireta. Por coação indireta entende-se a atuação dos diversos órgãos do Estado, desde a fase pré-processual até a judicial, em todas as medidas cabíveis, desde a apuração do fato delituoso até o julgamento e condenação do infrator. Portanto, “[...] não se pode deixar de considerar que, cometida a infração penal, mesmo assim

não há como impor, nem discricionária, nem (muito menos) autoritariamente, a sanção em lei prescrita para coibir sua prática” (TUCCI, 2005, p. 165).

Por seu turno, a persecução penal passa a ser exteriorizada em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, no que se denomina fase pré-processual, inicia-se com o atendimento de ocorrência policial simples, passa pela prisão em flagrante, se possível, e culmina com a instauração e conclusão do inquérito. O segundo momento, que se nomeia fase judicial, inicia-se com a propositura de uma ação penal, seja pelo Ministério Público seja pelo querelante, até o trânsito final da sentença. O que se observa nessa descrição é a atuação de órgãos criados pelo próprio Estado para possibilitar a tomada de providências diversas, conforme o caso e a fase processual.

3.2.1 Características do processo penal

Andrés de La Oliva Santos et al. (2002, p. 4) ensinam que:

O processo penal é, como o civil, o trabalhista ou o contencioso-administrativo, um instrumento essencial da jurisdição, da função ou do poder jurisdicional. Do mesmo modo que não é possível, instantaneamente, postular o Direito nos casos concretos do âmbito civil, mercantil, trabalho etc., também é impossível tal instantaneidade para se postular o Direito Penal das condutas humanas que, por sua aparência de delito ou de falta, respectivamente, exijam pronunciamento jurisdicional. A esse pronunciamento se chegará mediante sucessão de diferentes atos, levados a cabo ao longo do tempo, projetados sobre um conceito objetivo, conforme os casos de que tratem: serão projetos aos atos jurisdicionais ou aos processuais, cujo conjunto compõe um processo penal.

O processo penal prima, assim, por ser ramo do Direito em que se faz presente o interesse público, no qual se prioriza a possibilidade de impor medidas restritivas da liberdade ao delinqüente a fim de assegurar os interesses da sociedade. Para tanto, vale-se de órgãos para dirimir os conflitos que lhe são submetidos à apreciação. A inquisitividade, ao longo do estatuto processual penal, é indelével, na medida em que se observa sua forte marca no transcurso do inquérito policial.

O inquérito policial é procedimento de cunho eminentemente investigatório e informativo, levando-se em conta os necessários esclarecimentos do fato delituoso, através de apuração de autoria e de materialidade que subsidiem o Ministério Público durante a dedução em juízo da pretensão punitiva.

Para a fase judicial são asseguradas ao acusado todas as garantias processuais oriundas dos diversos princípios exarados pela Magna Carta. Mas, apesar de todo garantismo assegurado aos litigantes em processo em juízo e, até mesmo, da existência de um processo acusatório, vale ressaltar que a estrutura vigente na legislação processual penal é extremamente precária, na medida em que a própria legislação, em muitos momentos, privilegia a culpabilidade do cidadão inocente. Isso dá azos ao Código de Processo Penal para cassar a liberdade do cidadão inocente com certa facilidade, resultando, assim, em estar o cidadão exposto a medidas constritivas de liberdade.

Veja-se a questão delicada da prisão preventiva, em que o cidadão perde a disponibilidade do seu direito de ir e vir legalmente. Aliás, nesse diapasão, é olvidada a finalidade maior do processo penal, qual seja, a de ser instrumento garantidor da liberdade do cidadão inocente contra a possibilidade de ser retirada sua liberdade indevidamente pelo poder estatal.

A legislação processual penal atual resulta, pois, de mentalidade repressiva e inquisitória. Assim, empenha-se em preservar a defesa social, ainda que para fazer valer tal princípio do cidadão seja retirada a possibilidade de respeito à sua liberdade pessoal.

Rogério Lauria Tucci (2005, p. 177) compartilha desse entendimento e aborda a inquisitividade presente no processo penal brasileiro encontrada nas fases dos vários procedimentos, e afirma que se percebe, “que o processo penal ostenta inquisitividade em ambas as espécies de conhecimento e de execução. E, outrossim, notadamente, que ela se faz ínsita - a persecução penal na sua totalidade”.

Apesar dos pesares, a acusatoriedade especificada na segunda etapa da persecução penal é menos maléfica ao acusado, na medida em que, em juízo, são postas à disposição dos litigantes as garantias constitucionais para poder fazer valer seus direitos fundamentais.

3.2.2 A lide e o processo penal

Ao examinar alguns institutos cunhados como forma de arrimar a elaboração atual Código de Processo Penal brasileiro e justificar sua sustentabilidade, faz-se mister mencionar o significado da lide para o processo. Ressalta-se que nesta pesquisa não se aprofunda essa discussão e o realce que lhe é dado tem em vista salientar os equívocos que determinaram o

afastamento do Direito Processual Penal de um Estado Democrático e de um processo penal democrático.

Entre esses equívocos, destaca-se um, ordinário, em Direito Processual Penal, a saber, o de sustentar a idéia de existência de lide no processo penal brasileiro, a partir do modelo sugerido por Francesco Carnelutti no primeiro volume de seu *Tratado de Processo Penal*.

O engano pode ser desfeito, na medida em que o Estado, quando comparece ao processo, tem interesse, apenas, na apuração da existência de determinado fato delituoso imputado ao acusado. Se for demonstrada a sua culpabilidade, aí sim, o acusado será submetido às medidas legais, que podem ou não implicar em sua condenação. O Estado possui interesse, apenas, em esclarecer o fato e verificar se aquele que está sendo acusado é efetivamente o autor do fato delituoso para que, *a posteriori*, as medidas legais sejam tomadas contra ele.

No entanto, o que se observa ao longo do processo penal é o embate travado entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, ou seja, de um lado, o Estado que submete o autor do fato ao processo e, de outro, o acusado que deseja manter a sua liberdade. Como bem observam Jacinto Miranda Coutinho, em *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, e José Carlos Teixeira Giorgis, em *A lide Como Categoria Comum do Processo*, no processo penal inexistente lide como conflito de interesses caracterizado por pretensão resistida.

A razão assiste a esses dois autores, pois o que se verifica, ao longo da discussão travada no Processo Penal, é o debate sobre a procedência ou não da pretensão punitiva e nada mais. Não se devem transportar os conceitos do Processo Civil para o Processo Penal, haja vista que não se pode dispensar no Processo Penal o mesmo tratamento dado à lide pelo Processo Civil. *A priori*, analisam-se os ramos distintos do Direito com suas particularidades. É mister que se abandone o mito de que o que é bom para o Processo Civil também o é para o Processo Penal. Em arremate, o objeto do processo penal é a discussão que envolve a disponibilidade ou não da liberdade do cidadão inocente. Noutra norte, patrimônio e danos são objetos do Direito e do Processo Civil.

No mesmo sentido, ao examinar o tema da lide no processo penal, Teresa Arruda Alvim (2005, p. 290), define que “[...] modernamente, é inaceitável a categoria de lide, como integrante do Processo Penal, tal como o fez Carnelutti. Não mais se pode, hodiernamente, pretender ver no Processo Penal, como constitutivo de sua essência, um conflito entre a vítima e o criminoso”. E, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 74) corrobora essa opinião:

A transposição do referido conceito para o processo penal oferece, inegavelmente, algumas dificuldades, a começar por uma pretensão resistida. Dizer que existe conflito entre o interesse público ligado à segurança pública e o interesse individual da liberdade pode ser tão verdadeiro quanto falso, dependendo do ângulo em que se examina a questão. O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente.

Constata-se a vinculação do atual modelo adotado pelo Processo Penal Brasileiro com os pressupostos do sistema inquisitório e não acusatório. O eixo de sustentação ressalta a idéia de submeter ao processo o cidadão inocente apontando-o previamente como culpado. Dessa maneira, justifica-se, por exemplo, o direito de punir e, até mesmo, o exercício da pretensão punitiva já no momento em que dá a movimentação da máquina estatal, com o início da investigação. O modelo investigatório utilizado reforça, por seu turno, a noção de que a investigação é sempre necessária e que o investigado é mero objeto da investigação. Como se verá, à frente, esse procedimento não superou ainda suas raízes históricas, ou seja, o modelo medieval.

4 A IDENTIFICAÇÃO DA FASE PRÉ-PROCESSUAL DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM UM SISTEMA INQUISITÓRIO E NÃO ACUSATÓRIO

Ao iniciar este capítulo faz-se opção por esclarecer o que é sistema, pois o núcleo do problema que aflige o Processo Penal Brasileiro é a sua vinculação a um sistema inquisitório na fase investigatória, sem proporcionar as garantias da ampla defesa e do contraditório ao investigado. A seguir, será examinado o surgimento do inquérito no Brasil, os anteprojetos e as principais características do inquérito na atual legislação.

4.1 Conceito de sistema e diferenciação entre sistema acusatório e inquisitório

Sistema, em termos amplos, pode ser definido como “a reunião coordenada e lógica de princípios ou idéias relacionadas de modo que abranjam um campo de conhecimento [...]” (FERREIRA, 1995, p. 603).¹¹

No campo do Direito Processual Penal, o vocábulo sistema é utilizado para identificar a existência de dois grandes conjuntos de regras que exprimem concepções distintas. Dois sistemas, a saber, o sistema acusatório e o inquisitório, disputam a primazia de melhor explicar as formas diferentes do processo penal ao longo da história da humanidade e justificar a atuação do Estado, em especial, na fase de investigação criminal.

Registra-se que há discussões em torno de um possível sistema misto, fusão entre o sistema acusatório e inquisitório. Neste trabalho, no entanto, não se tecerão ilações a esse respeito por opção metodológica. Na seqüência da proposta do capítulo, passa-se a examinar as origens dos dois sistemas indicados: o sistema acusatório e o inquisitório, que se confundem com a própria história da humanidade, como afirma Juan Montero Aroca (1997, p. 25):

¹¹ Para melhor compreensão do que deve ser considerado como sistema, recorre-se ao exemplo dado por Maria Helena Diniz (2007, p. 133), quando afirma: que “A sala de aula possui vários elementos cadeira, giz, quadro etc, este são elementos podem não formar a sala de aula. O que formará a sala de aula é a disposições destes elementos, um em relação ao outros que não permite identificar a sala de aula essa disposição depende de regras de relacionamento. O conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto dos elementos é apenas repertório. Quando se fala que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório) nela pensamos como um sistema. O sistema é complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Razão porque o ordenamento é entendido como sistema [...]”.

[...] É hoje um lugar comum na doutrina processual referir-se a que o processo penal pode configurar-se conforme dois sistemas, que são denominados acusatório e inquisitivo, e inclusive chega a situar-se esses sistemas em determinados momentos históricos, procedendo a fazer uma certa evolução do processo penal. Se diz assim que o sistema acusatório foi próprio dos gregos e da Roma clássica, enquanto que o sistema inquisitório apareceu com o Império Romano e é típico do Direito Canônico. Naturalmente não podem faltar as referências à Inquisição, ao obscurantismo medieval e a outras semelhantes características [...].¹²

4.1.1 Origem dos sistemas acusatório e inquisitório

Na lição precisa de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 18-23) o sistema inquisitório tem suas raízes

[...] na velha Roma, mormente, no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrina heréticas’. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordamos - mantém-se hígido.

Com o final do Império Romano, mormente para garantir a segurança, as populações aglutinam-se nos feudos, em geral estrategicamente estabelecidos nas montanhas, defesas naturais às quais somam-se uma arquitetura medieval típica, quase totalmente diversa da concepção dos romanos que, como se sabe, em geral, conscientes de seu poderio, buscavam os locais planos e neles fixavam as cidades. Compare-se, por exemplo, Milão e Camerino.

[...] Entre liberais e conservadores (não fosse isto não haveria um Concílio em Latrão, em 1215), a Igreja optou pela morte, na esteira da Bula *Vergentis in senium*, do Papa Inocêncio III (1199), a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das ‘heresias’ aos crimes de lesa-majestade. O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo, a manutenção do poder), e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição com base efetivamente jurídica, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa **Gregório IX**, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de **Inocêncio IV**, em 1532.

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido [...].

O sistema acusatório, por seu turno, deita as suas raízes, como afirma Jacinto

¹² Minha tradução de: “Es hoy un lugar común en la doctrina procesal referirse a que el proceso penal puede configurarse conforme a dos sistemas, que suelen denominarse acusatorio e inquisitivo, e incluso se llega a ubicar esos sistemas en determinados momentos históricos, procediéndose a hacer una suerte de evolución del proceso penal. Se dice así que el sistema acusatorio fue el propio de los griegos y el de la Roma clásica, mientras que el sistema inquisitivo apareció ya con el Imperio Romano y es típico del Derecho canónico. Naturalmente no suelen faltar las referencias a la Inquisición, al obscurantismo medieval y a otras de semejante jaez”.

Coutinho (2001, p. 31-37) a partir da Revolução Francesa,

[...] sem embargo de se poder imaginar que, na Inglaterra, sua aparição no século XII tenha sido casual e, portanto, determinada por outros fatores.

Com efeito, depois da conquista da Inglaterra por **Guilherme** da Normandia, em 1066, a ilha, que se mantinha - até por questões naturais - mais impermeável às modificações efetuadas pelos 'bárbaros' começa a verificar um acontecimento significativo: a disputa entre os reis e os barões - que consegue com os sucessores -, a qual será fundamental na reestruturação do direito vigente. Ao poder central, por óbvio, não interessava as velhas práticas herdadas dos direitos germânicos (não esquecer, também, que os romanos dominaram tão-só entre os séculos I e V d.C.), até porque garantia da estrutura feudal, em que pese à moda inglesa [...]

O processo penal inglês, assim, dentro do *common law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais ardua a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados. Por isso, "incentivado pela ideologia liberal que se desprende já a *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra (1215) e acentuado, sobretudo, pelo *Bill of Rights* (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701), ele ganha o seu maior vavaz florescimento, a ponto de ainda hoje se manter aí essencialmente imodificado" [...].

4.1.2 Características de um sistema e do outro sistema

São as seguintes as principais características dos sistemas que merecem destaques, na lição de Aroca (1997, p. 26):

- a) No sistema acusatório, a jurisdição se exerce por tribunais populares, enquanto no inquisitório se trata de juízes profissionais e permanentes;
- b) No sistema acusatório, a ação penal é popular e seu exercício é indispensável para a realização do processo; no inquisitório não existe liberdade de acusação, senão que o juiz se converte, a tempo, em acusador, assumindo as duas funções;
- c) As partes, no sistema acusatório, atuam em condição de igualdade, no inquisitório, por outro lado, não há parte acusadora distinta do juiz, e o acusado não é um verdadeiro sujeito do processo, senão só o objeto do mesmo;
- d) Se, no sistema acusatório, ao juiz são restringidas as faculdades de direção processual e de disputa, no sistema inquisitório os poderes do juiz são amplos;
- e) No sistema acusatório, a regra é a liberdade do imputado durante a realização do processo, e, no inquisitivo, impera a prisão provisória ou preventiva;
- f) Com relação às provas, no sistema acusatório, essas devem ser introduzidas pelas partes, não pelo juiz, que carece de poderes autônomos para investigar os fatos, ainda que a valorização dessas provas seja regida pelo critério da livre apreciação pelo juiz; no sistema inquisitivo há características contrárias, ou seja, o juiz investiga de ofício os fatos, ainda que limitado pelo critério de valoração legal ou fixada a prova;
- g) O procedimento do processo acusatório é oral, imediato, concentrado e público. Já o processo inquisitivo é escrito, mediado, disperso e secreto;

h) Por último, o acusatório exige uma só instância, de modo que não cabe recurso contra a sentença, enquanto o inquisitivo consta de duas instâncias [...].¹³

4.1.3 A *confusão conceitual*

Para distinguir um sistema do outro, atualmente, não mais se pode valer de critérios estritos baseados na existência de um tribunal do júri como sendo típico de um sistema inquisitório e de um tribunal constituído por juízes togados como sendo típico de um sistema acusatório.¹⁴ Tal critério não mais se sustenta, haja vista que existem ordenamentos jurídicos que se sustentam no chamado sistema acusatório com juízes profissionais e leigos e é considerado acusatório, como é o caso do Processo Penal Alemão.

O fato de o acusado se encontrar em liberdade ou preso preventivamente não é indicativo de ser o sistema, necessariamente, inquisitório. É sabido que mesmo nos países em que se adota o sistema acusatório, por exemplo, o código de processo penal português, não exclui a possibilidade de imposição de medida restritiva de liberdade antecipadamente.

O processo chamado de inquisitório não é processo, pois processo

[...] é uma garantia, que se exerce independente da procedência ou não do direito alegado. Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves (1993, p. 127), o contraditório - logo, concluímos, o processo por consequência - não pode ser compreendido como o 'dizer' ou o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é polêmica que se desenvolve

¹³ Minha tradução de: "a) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que em el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes. b) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su ejercicio es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte, al mismo tiempo, en acusador, asumiendo las dos funciones. c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino solo el objeto del mismo. d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, em el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios. e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado durante la realización del proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva. f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba. g) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, inmediato, concentrado y publico, mientras que el procedimiento inquisitivo es escrito, mediato, disperso y secreto. h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que no cabe recurso contra la sentencia, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias [...]"

¹⁴ Para Hélio Tornaghi (1978, p. 468), o que distingue a forma acusatória da inquisitória é que "na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão [...]"

em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final (PELEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 151).

Da mesma forma, não se pode deixar de observar que o processo penal, em si, é acusatório, pois “não pode existir verdadeiro processo se este não é acusatório”. Corroborando este pensamento cita-se, novamente, Aroca (1997, p. 28): “[...] cremos que se pode afirmar que os chamados sistemas processuais penais são conceitos do passado, que hoje não têm valor algum, servindo unicamente para confundir ou para obscurecer a claridade conceitual [...]”.

4.1.4 A importância do estudo dos sistemas acusatório e inquisitório na elaboração de modelo de processo penal

O conhecimento dos sistemas acusatório e inquisitório implica, necessariamente, na concepção de como se dará a colheita das provas e dos papéis desempenhados pelo Juiz, pelo investigado e pelo próprio Ministério Público. A partir desse encontro, poder-se-á equacionar modelo de processo a ser adotado pela legislação brasileira, visando proporcionar ao investigado, entre outras garantias, a do devido processo legal em todas as etapas procedimentais, incluindo-se a fase preliminar. Ademais, se o modelo atual de investigação criminal não for rompido, não se pode falar em reforma do processo penal brasileiro, como o afirma Jacinto Coutinho:

[...] resta-se saber, sem embargo, se é isto que, de facto, se quer. Afinal, crescer no sentido da democracia significa abdicar de algumas regalias e, sim, produzir um processo penal que possa valer para todos; e não só para alguns. É, sem dúvida, o que expressa a Constituição (ao adoptar o Sistema Acusatório), mas quantos estão dispostos, de facto, a levar a Carta a sério? (COUTINHO, 2006, p. 391).

Embora Jacinto Coutinho conclame a extinção do inquérito policial e sua substituição por uma única instrução, não se assume tal posicionamento radical. Advoga-se, sim, considerar que, no juizado de instrução, a prova, ao ser colhida em contraditório, asseguraria ao investigado a oportunidade de oferecer contra-prova, indispensável ao esclarecimento da verdade e, assim, evitar o início de ação penal precipitada e desnecessária. Salienta-se que toda essa movimentação seria suportada, também, pela supervisão de um magistrado.

4.2 A identificação da investigação criminal brasileira com o sistema inquisitório

Desde os seus primórdios, a investigação criminal se prestou a instrumentalizar a tortura e a opressão, marcas indeléveis em sua origem espúria e violenta. O investigado, recorrentemente, figurou como objeto da própria investigação, não lhe sendo conferido, na maior parte das vezes, sequer o direito de se defender ou, mesmo, o direito, ainda mais elementar, de conhecer as provas colhidas e utilizadas contra si. A repressão e violência do ato investigativo eram capazes de fazer sucumbir o mais inocente de todos os investigados e forçá-lo a admitir o que não fez.

Cesare Beccaria (1983, p. 12), no século XVIII, já chamava a atenção para a frieza e crueldade na instauração de processo penal contra o cidadão:

Contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de terem dissipado todos os prejuízos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, conta a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quão pouco cuidada em toda a Europa. Pouquíssimas vezes se procurou desarraigá-la, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados há muito séculos: e raras pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades estáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos.

Do Brasil Colônia ao Estado Novo, o inquérito praticamente manteve características em que a inquisitividade se fez marcante. Assente-se, no entanto, que não poderia sê-lo de maneira diversa, dadas as condições sócio-históricas e políticas do período. Na Era Vargas, o inquérito também se prestou ao triste papel de sensor político do Estado em ascensão. Os cidadãos indesejáveis encontraram no inquérito policial um inimigo capital, pois a investigação se estendeu ao campo das perseguições político-partidárias. Aliás, a preocupação em manter o inquérito policial era explícita na percepção do então ministro da Justiça, Francisco Campos (BRASIL, 2007a):

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face de um Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social [...]

IV - Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da

ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

Informa Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 8) que, entre o atual texto constitucional e a vigente legislação processual penal, há barreiras que parecem intransponíveis:

Se a perspectiva teórica do CPP [Código de Processo Penal] era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: *ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII)*. A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. (Grifos nossos).

A democracia foi sufocada durante muitos anos e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico se viu contaminado por tendência de restrição ao acesso à justiça, portanto, contrária a qualquer idéia defendida por Mauro Capelletti e Brian Garth, em *Acesso à Justiça*¹⁵. Na década de 1940, o cidadão era considerado previamente culpado. Hoje, inverteu-se o dogma da não-culpabilidade. Mas, não há motivos para se comemorar, pois continua o desrespeito ao cidadão inocente quando submetido a procedimento investigatório. Ademais:

[...] em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes [...] (MOREIRA, 2004, p. 35).

Só é possível pensar em modelo de processo penal novo se, efetivamente, transcenderem-se os enrijecidos postulados do Direito Processual Penal, ainda mais quando se considera que sua fundamentação foi calcada nos moldes de um Estado Autoritário. Idêntica

¹⁵ Nesse trabalho, Capelletti e Garth (1988) abordam um dos principais problemas relacionados às dificuldades impostas ao cidadão para ter acesso à justiça. Apesar das dificuldades apresentadas pelo autor, a atual Carta Magna garante acesso ao cidadão à justiça, ao estabelecer a manutenção da Defensoria Pública como o órgão incumbido de patrocinar as causas dos economicamente hipossuficientes.

preocupação tem afligido estudiosos do Direito Processual Penal brasileiro, em perspectiva semelhante, esboçada, como se percebe, no dizer de Aury Lopes Júnior (2005, p. 90-91):

Basta de discussões e reformas pontuais do Código de Processo Penal. Deve-se compreender que, quando se retiram do Código três ou quatro artigos e se colocam quatro ou cinco novos, fazemos uma colcha de retalhos, sem consistência sistêmica. E, quando o novo tem de conviver com o velho, cria-se um terreno fértil para ressuscitar as velhas práticas. Muda-se para continuar como sempre esteve. É hora de uma reforma total, pois não adianta fazer reformas pontuais. Na fase pré-processual, entendam, o problema está na estrutura da inquisição, não é apenas quem investiga.

Sugere-se que boa parte da solução para as indagações que esta pesquisa levantou até aqui começa pela busca de modelo democrático de processo, incompatível com a prática de investigação criminal sigilosa, em que o investigado não pode invocar, em seu auxílio, a ampla defesa ou o contraditório ou que admita prova colhida fora de modelo constitucional de processo.

Não se pode deixar de discutir a jurisdição constitucional como vértice de sustentação para um sistema equilibrado e justo. Sobre o modelo constitucional de processo a ser adotado em um Estado Democrático de Direito, como solução para o processo, incluindo-se, evidentemente, qualquer fase pré-processual, adverte Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 98):

A Jurisdição Constitucional, nas democracias plenas, tem seu controle de atuação pelo *devido processo legislativo* que é instituto jurídico de sustentação permanente do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL. Aliás, a própria constituição é produzida, nas democracias, com total observância do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL (*devido*, porque legislado pelo POVO (Comunidade Jurídica)) - eixo de geração do texto constitucional como cláusula constituinte fundamental dos fundamentos do paradigma da Sociedade Jurídica-Política de Direito Democrático. Dissipa-se o antagonismo, no paradigma democrático, entre ‘poderes’ do Estado e jurisdição constitucional, porque a funcionalização de todo o organograma estatal há de cumprir os conteúdos da *jurisdição constitucional* que se faz pela autoaplicabilidade imperativa de seu arcabouço de normas. (Grifos nossos).

4.2.1 A origem e o significado do termo “polícia”

Na continuidade deste processo investigativo, entende-se ser necessário resgatar a origem do inquérito policial e se agregar à discussão o conceito básico de polícia. Esse direcionamento está unido à própria condição do inquérito policial existente no Código de Processo Penal, em que se utiliza o modelo do investigador policialesco, ou seja, a

investigação é conduzida pela Polícia Judiciária. Passa-se, pois, ao exame da origem e significado do termo polícia.

Para Hélio Tornaghi (1967, p. 131), “o vocábulo polícia, do grego *polis*, cidade, significava antigamente o ordenamento político do Estado. Foi empregado na literatura como sinônimo de Política e de República”. Com o passar do tempo, a palavra “polícia” passou a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão público responsável por zelar pela segurança dos cidadãos.

O termo “polícia”, atualmente, é empregado para designar o órgão responsável por evitar a alteração da ordem jurídica. Verifica-se que sua função projeta-se no campo da coerção direta, ao fazer cumprir as determinações legais e submeter os infratores à lei. Fala-se também em “polícias”: administrativa e de segurança. A primeira tem sua atuação voltada para resguardar o êxito da administração pública. A outra tem por função impor medidas visando a evitar danos ou perigo às pessoas.

4.2.2 A origem do inquérito

A palavra inquisição vem do latim *inquirere*¹⁶ e compõe-se de duas outras palavras *in* (em), *e quaero* (buscar), de forma que buscar a verdade é o propósito último do inquérito. Como instrumento, o inquérito está apto a coletar os indícios, os quais irão demonstrar a existência, ou não, de provável fato delituoso e servir de base ao oferecimento de peça acusatória.

As raízes do inquérito policial podem ser encontradas na Roma antiga, na época em que o Estado Romano começou a assumir a condução da investigação e, paralelamente, criou órgão incumbido de investigar os crimes praticados pelos cidadãos. Assim, os delitos deixavam a alçada particular para se tornarem interesse público. Naquele contexto era permitido ao cidadão cujos direitos haviam sido ofendidos sair a campo e efetuar desde a prisão até a própria investigação como meio de satisfazer seus interesses privados.

A Idade Média marcou o aperfeiçoamento do sistema inquisitório, quando o Papa Lúcio III, em 1184, na sua *Constituição*, determinou aos bispos que investigassem as

¹⁶ O conceito acima exposto tem como referência a obra *Manual dos Inquisidores* de Nicolau Eymerich (1993) que é considerada obra clássica no estudo do Inquérito Policial.

condutas e as pessoas consideradas inconvenientes para a doutrina católica e tomassem as medidas necessárias para preservar a pureza da fé. Nicolau Eymerich (1993) afirma que a autoridade papal respaldava os procedimentos contra os blasfemadores, lançadores de sorte, necromantes, excomungados, apóstatas, cismáticos, neófitos que retomassem os erros anteriores, judeus e infiéis invocadores do diabo presentes no meio dos cristãos. O inquisidor era tido como juiz delegado, revestido que era do poder delegado pelo Papa¹⁷.

José Geraldo da Silva identifica, também, na estrutura eclesiástica os primórdios do atual órgão estatal, pois à Justiça comum incumbia julgar e condenar esses criminosos. No entanto, o processo não era sigiloso e secreto e o direito de defesa lhes era assegurado perante esses tribunais ordinários. Admite, no entanto, que já no século XII, os sínodos investigavam os hereges e lhes aplicavam medidas que poderiam atingir o seu patrimônio e até mesmo a sua vida:

O ano de 1220 é a verdadeira data do estabelecimento da Inquisição - os albigenses tinham sido esmagados, e a luta fora assaz longa e violenta para deverem contar com o extermínio. O legado do Papa Gregório IX, Romano de Santo Ângelo, ajuntou nesse ano (1229) um concílio provincial em Tolosa. Promulgaram-se aí quarenta e cinco resoluções conciliares, dezoito das quais eram especialmente relativas aos hereges ou suspeitos de heresia. Estatuuiu-se que os arcebispos e bispos nomeassem em cada paróquia um clérigo, com dois, três ou mais assessores seculares, todos juramentados para inquirirem de quaisquer heresias ou de alguém que os seguissem ou protegessem e para os delatarem aos respectivos bispos ou magistrados seculares, tomando as necessárias cautelas para que não pudessem fugir (SILVA, 2000, p. 25).

[...] O cargo de inquisidor, em geral, era dado aos dominicanos, que eram conhecidos por suas atrocidades e violências, chegando a ser expulsos de Tolosa, Narbonna e de outras povoações da França meridional. A violência desencadeada nas investigações conduzidas por essas ordens religiosas foi motivo de revolta por parte das populações das localidades em que religiosos atuavam na condição de inquisidores [...] (SILVA, 2000, p. 27).

[...] Como é sabido, inaugurado o Tribunal do Santo Officio em caráter permanente, em fins do século XV, o inquérito tornou-se instrumento utilizado habilmente pelos inquisidores como meio de angariar provas que denunciasses a existência de 'crimes' praticados pelos acusados hereges contra os interesses do poder divino. Há, nessa fase, o surgimento de procedimento investigatório organizado de cunho secreto e sigiloso utilizado pelos algozes como meio de averiguar a existência de fatos que atentassem contra os interesses da Santa Fé. A segregação do possível criminoso era a regra e a tortura empregada de forma sistemática e usual [...] (SILVA, 2000, p. 29).

¹⁷ Essa obra é um clássico sobre o inquérito, insuperável pela sua riqueza de informações e descrição histórica do período relativo ao surgimento do procedimento.

Ao investigado, em muitos casos, sequer era dada ciência da acusação que contra ele pesava e das provas colhidas que possibilitassem demonstrar sua participação em qualquer atividade considerada herética. Como se sabe também, esse procedimento foi adotado pelo sistema inquisitório como padrão para todas as investigações conduzidas pelo Tribunal do Santo Ofício.

4.2.3 O inquérito no Brasil

O objetivo do breve histórico do inquérito, iniciado no tópico anterior, é evidenciar alguns aspectos históricos que se fundamentem e tornem compreensíveis, por exemplo, a vigência do inquérito policial de forma sistematizada no Brasil.

Incumbido por D. João III de impor a lei e a ordem na nova terra, Martim Afonso de Souza, Governador Geral, podia “organizar a administração, promover a justiça e estabelecer o serviço de ordem pública de modo que julgasse mais conveniente” (ANDRADE, 1953, p. 13), inclusive em matéria processual penal. Ressalta-se que não houve iniciativas de se estabelecer um rito para apurar crimes não previstos nas Ordenações¹⁸.

Nas *Ordenações Filipinas*, praticadas no período em que Portugal estava anexado à Espanha, no seu Livro I, Títulos 75 e 76, verifica-se a prática de forma equivalente ao inquérito policial. Naquele ordenamento não havia nítida separação entre as funções da polícia administrativa e as da judiciária. Mesmo após Portugal ter se separado da Espanha e as *Ordenações Manuelinas* entrarem em vigor, manteve-se, inegavelmente, a influência das *Ordenações Filipinas* em relação às anteriores, no que diz respeito à matéria processual penal.

Ao tratar sobre a indiferenciação das funções da polícia judiciária e da administrativa existentes nas Ordenações, com a autoridade que lhe é peculiar, Hélio Tornaghi (1967, p. 105) ensina que não houve separação nítida entre

os atos de Polícia administrativa e os de Polícia judiciária. O Título 75 se ocupa dos

¹⁸ As Ordenações do Reino constituíam conjunto de leis medievais de marcada inspiração no antigo Direito Romano-Germânico. No livro V, registrava-se a parte destinada à matéria penal e processual penal. Havia forte apelo à adoção do sistema inquisitório como forma de reger os procedimentos. Recorria-se sistematicamente às torturas como meio de se obter provas contra os investigados. Comumente, as confissões dos autos apresentavam-se viciadas pelas irregularidades acobertadas pelo sigilo das audiências. A defesa técnica só era imprescindível quando do julgamento do processo, portanto, em juízo, dependendo das condições econômicas do acusado para contratar os serviços dos profissionais do Direito.

alcaides pequenos das cidades e vilas e o 76 dos alcaides das sacas (autoridades de Polícia aduaneira). São particularmente importantes os §§ 10 e 16, que tratam das prisões, e 19 a 22, que dispõem sobre diligências.

Desde a apuração de crimes pequenos até delitos de maior complexidade, já se empregava o inquérito como instrumento de investigação, manejado por uma polícia incipiente, segundo o Código de Processo Criminal do Império, de 1832. No regime do Código de Processo Penal, o Chefe de Polícia nas cidades populosas era um dos Juízes de Direito (artigo 6º, do Código de Processo Criminal do Império do Brasil). A experiência mostrou, entretanto, que tal sistema era desaconselhável, até porque a Polícia devia ser órgão do Executivo.

Em 3 de dezembro de 1841, foi introduzida reforma no processo penal brasileiro, originária do então projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, estabelecendo mudanças significativas no inquérito policial. A condução do inquérito foi delegada formalmente à autoridade policial e a sistemática tornou-se semelhante à atual, em que pese a falta de clareza na distinção entre as atividades das polícias administrativa e judiciária:

A 31 de janeiro de 1842 foi baixado o regulamento numero 120, 'para execução da parte policial e criminal' da lei de 3 de dezembro de 1841 (a parte de processo civil foi regulada pelo decreto nº 143, de 15 de março de 1842). Os caps. 1º a 7º referem-se à Polícia. Neste regulamento aparecem distinguidas a Polícia administrativa e a judiciária, no que diz respeito à competência. Mas tal discriminação só se faz por meio de regras gerais contidas nos arts. 2º, para a Polícia administrativa, e 3º para a judiciária, porque adiante, quando trata das atribuições de cada funcionário, o regulamento enuncia promiscuamente as administrativas e as judiciárias [...]. Os delegados e subdelegados tinham, nos distritos, as mesmas atribuições que o chefe de polícia na província, excetuadas, para os primeiros, as referidas nos §§ 16 a 19 e para os outros tratava da competência do chefe de polícia. Além disso, passaram a pertencer-lhe todos os atos que até 3 de dezembro de 1841 competiam aos juízes de paz, ou, mais precisamente, os dos art. 12, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º, do Código de Processo Criminal. Os juízes de paz, enquanto autoridades policiais, tinham as atribuições dos delegados, feita exceções das dos §§ 9º, 10, 13, 14 e 15, também do art. 58. Era a regra do art. 64. E o 65 especificava:

Art. 65. As atribuições policiais dos juízes de paz consistem:

- 1º Em fazer pôr em custódia o bêbado, durante a bebedice.
- 2º Em evitar as rixas, procurando conciliar as partes.
- 3º Em fazer que não haja vadios, nem mendigos, obrigando-os a viver de honesto trabalho.
- 4º Em corrigir os bêbados por vício, turbulentos, e meretrizes escandalosas, que perturbam o sossego público, obrigando-os a assinar termo de bem viver, com cominação de pena, e vigiando o seu procedimento ulterior.
- 5º Em fazer destruir os quilombos, e providenciar para que se não formem.
- 6º Em fazer corpos de delito.
- 7º Em ter uma relação dos criminosos para fazê-los prender.

8º Em avisar os juízes de paz dos outros distritos, os chefes de polícia, delegados e subdelegados, acerca dos criminosos que souberem que existem nos seus distritos. (TORNAGHI, 1967, p. 117).

Em 20 de setembro de 1871, a legislação passou por reforma patrocinada pela Lei nº 2.033. Nesse diploma, não há capítulo específico referente à polícia judiciária, mas alguns artigos disciplinam o tema. Após a regulamentação da Lei nº 2.033, pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, pela primeira vez, a legislação pátria dedicou capítulo inteiro ao inquérito policial e, conseqüentemente, houve a definição, ainda que precária, da função da futura polícia judiciária.

Na República, os estados passaram a ter competência para legislar sobre o processo. Tal situação decorreu da inspiração causada pelo texto constitucional de 1891, no artigo 83 das Disposições Gerais, em que havia certa previsão para autonomia legislativa, em matéria penal e processual, por parte dos estados, membros da Federação. No uso dessa prerrogativa, “alguns Estados organizaram os seus Códigos de Processo Penal, como o Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Bahia, Santa Catarina e Rio de Janeiro, continuando a se regerem pelas antigas leis, com algumas modificações” (ANDRADE, 1953, p. 18). Em 13 de agosto de 1928, o antigo Distrito Federal, por meio da Lei nº 5.515, passou a ter o inquérito policial como parte de suas legislações, em conjunto ao Código de 1832 e demais legislações.

Após a revolução de 1930, entrou em vigor a nova carta constitucional de 1934, na qual foi restaurada a unidade processual da União, como se infere do seu artigo 5º, XIX.

Quando da elaboração da atual legislação, prevaleceu a influência do Estado Novo, ou seja, o Ministro Francisco Campos desconsiderou a proposta da Comissão presidida por Vicente Ráo, em 1936, pregando o fim do inquérito policial, desconsiderando o parecer do criminalista Mário Bulhões Pereira. Pode-se ressaltar que vigeu, de certo modo, o comodismo, pois não houve disposição para abolir o procedimento preliminar denominado inquérito, apesar de vozes dissonantes pregarem a extinção da fase pré-processual, sob o argumento de substituí-la por um juizado de instrução. É público e notório que os defensores da eliminação do procedimento foram massacrados pelos partidários do Estado Novo, tendo em vista que, através da manutenção desse instrumento, o Estado poderia controlar as condutas consideradas indesejadas, eventualmente praticadas pelos cidadãos, em especial, por aqueles que se opusessem ao regime de exceção em vigor no país naquele período.

Frise-se que, ao manter o inquérito policial, conforme a própria exposição de motivos, considerou-se que o inquérito já era instrumento conhecido e praticado pelos órgãos de segurança e que o Estado fazia opção pela simplicidade e facilidade para poder apurar os fatos delituosos que viessem ocorrer.

4.3 Os anteprojetos de Código de Processo Penal

No Brasil, ao longo dos anos, foram empreendidas algumas tentativas de modernizar a atual legislação processual penal, com destaque para a iniciativa de Hélio Bastos Tornaghi, em 1963. A proposta, no entanto, não trazia mudanças significativas no capítulo referente ao inquérito policial, como analisa Romeu de Pires Campos Barros (1979, p. 81):

Em 1963, foi publicado pela Imprensa Nacional, o seu trabalho [de Hélio Bastos Tornaghi] que, embora respeitando em suas linhas gerais o estatuto vigente reflete acentuada evolução científica da época em que vivemos e os profundos conhecimentos doutrinários do seu autor [...]. O Professor Hélio Bastos Tornaghi deu uma sistematização, sem dúvida alguma bastante científica, um ordenamento lógico à matéria que compõe as várias normas e preceitos desse anteprojeto, uma ordenação, como disse, bastante lógica e de alto padrão científico, mas esse é o aspecto formal, é o tegumento formal do anteprojeto Hélio Tornaghi, é uma continuação do atual, vigente Código de Processo Penal.

O anteprojeto de Hélio Bastos Tornaghi, em que pese seu brilhantismo, não empolgou a comunidade jurídica que, à época, ansiava por mudanças no processo penal, em especial, na sistematização referente aos procedimentos e na técnica recursal. Após algumas discussões na Câmara dos Deputados, o projeto caiu no esquecimento.

Outra tentativa de modificação coube a José Frederico Marques, atendendo ao convite do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. É, ainda, Romeu de Pires Campos Barros (1979, p. 82) que analisa a iniciativa:

Tendo em vista a sistemática que preferiu adotar, entendeu o douto processualista de pedir autorização para a apresentação de outro projeto, no que foi atendido. Dentro de poucos meses elaborou ele a nova proposta legislativa que, depois de revista por uma comissão, da qual também participou, e composta dos professores: José Carlos Moreira Alves, Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins, resultou o anteprojeto José Frederico Marques. Publicado no Diário Oficial da União, suplemento ao nº 118, do dia 29 de junho de 1970. Depois de recebidas sugestões através de congressos científicos e ciclos de conferências, estudos de diversos processualistas, a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça publicou, novamente, o projeto revisto, no Diário Oficial que circulou a 10 de maio

de 1974 (Supl. nº 88), ainda para receber sugestões no prazo de noventa dias. Desses trabalhos e estudos, resultou o projeto de lei 633/75, enviado ao Congresso Nacional, com a mensagem 159-75 (Diário do Congresso Nacional de 13 de junho de 1975 - Suplemento nº 061), cuja tramitação na Câmara dos Deputados constou de 784 emendas, discutidas e votadas, sendo, finalmente, aprovado nessa Casa Legislativa, com diversas modificações, no fim do ano legislativo de 1977, devendo ser agora discutido no Senado Federal.

O anteprojeto de Frederico Marques ficou conhecido não só pela excelência de sua técnica processual, mas também por resgatar a preocupação com a dignidade da pessoa humana, em especial, no Título IV, art. 16, ao enfatizar que “É garantida a plenitude do direito de defesa, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso”. É de se notar que antes de proposta a ação o termo “suspeito” era utilizado para se referir àquele que havia praticado a ação delituosa, e “indiciado” para aquele contra o qual realmente havia indícios de ser o autor do fato delituoso.

Outra preocupação do projetista foi limitar a atuação abusiva das autoridades policiais, no curso da fase investigatória, existente no art. 104. A prisão passou a ser considerada medida de exceção e não regra, no título IV, art. 192 e seguintes, com requintada propriedade técnica. Entretanto, no que pertine ao inquérito policial, a estrutura permaneceu praticamente inalterada. Reconhece-se, no entanto, a visão humanista do anteprojeto que procurou dotar o indiciado de alguma garantia.

O projeto foi alvo de muitas críticas, em especial quanto à ausência efetiva de oralidade, na audiência de julgamento, ao possibilitar sua substituição por memorial e no sistema de votação dos quesitos. Relata-o Romeu de Pires Campos Barros (1979, p. 98-99):

Ora, o projeto determina que o juiz profira a sentença dentro do prazo de quinze dias, depois de encerrados os debates, [e] admite a substituição destes por memórias, dentro do prazo de cinco dias, o que compromete inteiramente o princípio da oralidade. Dir-se-á que o oferecimento de memoriais é exceção, sendo o debate a regra. É o que parece, mas a realidade é bem outra [...] No que respeita ao júri, o projeto abandonou, em patê, a orientação do projetista e da douta comissão revisora do anteprojeto, simplificando o questionário, aproximando-se do sistema inglês, devendo o primeiro quesito resolver logo da procedência da acusação, sendo os demais relativos às circunstâncias que poderão aumentar ou diminuir a pena, simplificando bastante o julgamento dos jurados.

Nova tentativa de modernizar o processo penal pátrio ficou sob a responsabilidade da comissão capitaneada pelo Ministro Sálvio Teixeira de Figueiredo, que encerrou os trabalhos com a publicação no Diário Oficial da União (DOU) de 30 de junho de 1993 de vasto material. Após receber várias considerações em relação aos anteprojeto apresentados, em

número de 16, a nova Comissão foi constituída, após a publicação no DOU, em 16 de março de 1994, sob a responsabilidade da Escola Nacional de Magistratura, contando com a participação dos seguintes membros: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Nabor Areias Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Edson Freire O'Dweyer, Fátima Nancy Andrichi, Francisco Camargo Lima, José Barcelos de Souza, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Roberto Maurício Genofre, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Agostinho Beneti.

Não se pode desconsiderar que muitas dessas propostas serviram de esteio e inspiração para algumas leis inovadoras, como por exemplo, a Lei nº 9.099/1995, dos Juizados Especiais; Lei nº 9.271/1996, das modificações expressivas relativas ao direito de defesa do acusado, por ocasião da citação; Lei nº 10.054/2000, da identificação criminal; e Lei nº 10.792/2003, que alterou o capítulo referente ao interrogatório.

Especificamente em relação à investigação criminal, que é o foco deste trabalho, nas inovações sugeridas pela Comissão, o destaque ficou por conta da chamada autuação sumária que, hoje, seria o equivalente ao Termo Circunstanciado do art. 68, da Lei nº 9.099/1995.

Na esfera das garantias individuais, é digna de nota a insistência em fazer valer as garantias constitucionais, em especial, por ocasião do interrogatório do suspeito perante a autoridade policial. Tal já é feito e as autoridades policiais, de modo geral, têm possibilitado ao suspeito ou ao indiciado o acesso às garantias constitucionais mínimas.

Apesar das inovações sugeridas, o inquérito policial não foi objeto de ampla revisão por parte dos membros daquela comissão. Perdeu-se a oportunidade de se reformar a longa e desgastada tradição jurídica em relação ao inquérito policial. Porém, não é difícil entender as razões da omissão, tendo em vista a análise de Ada Pellegrini Grinover (1995, p. 145), ao descrever a preocupação dos membros da comissão em relação à investigação policial:

A investigação policial: A proposta tende a descomplicar a investigação policial, reservando o inquérito para as infrações penais de maior complexidade e criando a atuação sumária para as de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes apenados com detenção não superior a dois anos). Estabelecem-se novos controles sobre o inquérito, ao mesmo tempo em que se dá ênfase às garantias constitucionais do investigado, da vítima e das testemunhas. E deixa-se claro que, a par das investigações pela polícia, a lei poderá atribuir a outras autoridades atividades investigatórias.

Em 2000, nova Comissão cuidou de elaborar proposta de anteprojeto de Código

de Processo Penal, com a preocupação primeira de detectar os pontos de estrangulamento do processo penal e apresentar solução rápida a esses graves problemas e, em segundo momento, cuidar de apresentar novo anteprojeto. Tratou-se de uma “reforma emergencial”, segundo o declararam seus integrantes em vários encontros realizados para a discussão dessas propostas.

Ada Pellegrini Grinover foi a responsável pela presidência dos trabalhos, que contou com a participação de Petrônio Calmom Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. Foi produzido farto material que ensejou vários projetos, em especial, o Projeto de Lei nº 4.209, que se refere à investigação criminal. Esse foi, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos estudados pela comissão presidida por Ada Pellegrini, e alvo permanente de críticas acirradas, em especial, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia, que via, com reservas, a proposta, por reduzir o papel desempenhado pela autoridade policial, ou melhor, a subordinação explícita aos membros do Ministério Público.

Concluídos os trabalhos e apresentados ao Ministro da Justiça, esse cuidou de enviar as várias propostas à Câmara dos Deputados, sendo escolhido como relator do Projeto de Lei nº 4.209, o Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel. Ao relatar a proposta, o Deputado apresentou algumas pequenas sugestões ao antigo anteprojeto, no sentido de alterar a redação em alguns dispositivos, sem comprometer a íntegra do texto original. Por fim, registre-se que, até o presente momento, o Projeto de Lei não foi votado em definitivo na Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei nº 4.209/2001 apresenta alguns aspectos interessantes, em relação à investigação criminal, a saber:

- A criação de um termo circunstanciado para as infrações de menor potencial ofensivo;
- O registro tanto dos depoimentos como da declaração feita por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual;
- A alteração nos prazos para encerramento do inquérito;
- A direção e a supervisão do inquérito a cargo do Ministério Público;
- O pedido de arquivamento dos autos do inquérito passando pelo crivo do órgão superior do Ministério Público, exigindo que deste fato se dê conhecimento à vítima.

O Deputado Ibrahim Abi-Ackel, em mensagem encaminhada à Comissão de

Constituição e Justiça e Redação, enfatizou que:

Com o declarado propósito de simplificar o inquérito policial, retirando-lhe o caráter burocrático e cartorial que segundo a Exposição de Motivos veio a assumir, o projeto de lei 4.209, de 2001, reserva à Polícia Judiciária funções eminentemente investigatórias, em concordância com o disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que transfere para o Ministério Público as funções de supervisão e controle do inquérito, hoje conferidas ao juiz. A este contempla o projeto com o papel de juiz de garantias, atribuindo-lhe tão só a competência exclusiva para a concessão de medidas cautelares. Assegura-se a defesa ao indiciado no momento mesmo em que assume, no inquérito, essa condição, e o ofendido assume o papel relevante, cabendo-lhe exercer diversas iniciativas ao curso da investigação (BRASIL, 2001).

A tão propalada liberdade concedida ao investigado de participar da investigação, no sentido de produção de provas, ainda é mero arremedo do devido processo. A liberdade de “produção de provas” permanece condicionada à “prudente” análise do Ministério Público e da autoridade policial.

Considera-se que a alteração sugerida pela comissão Ada Pellegrini não atende à dimensão constitucional da preservação das garantias fundamentais ao investigado. Falta muito para que se possa considerar que a prova passa pelo crivo do devido processo legal, pois se verifica que, ainda, o investigado continua sendo objeto, sob o discurso da pseudolegalidade investigatória do atual Código de Processo Penal. No entanto, as provas colhidas são realizadas sob o manto do sigilo como mola propulsora de descoberta do fato delituoso, em uma espécie de reedição do sistema inquisitório, intoleravelmente justificado por uma realidade procedimental equivocada. Aliás, registra-se, o contraditório continua ausente.

4.4 Conceitos atuais

Para melhor entendimento do papel e implicações do atual inquérito policial, faz-se necessário examinar o que é o inquérito policial e sua estrutura, de forma a se verificar como é colhida a prova que irá confirmar a autoria e a materialidade. A finalidade é oferecer subsídios para o questionamento relativo ao valor probante do material coletado em face da inexistência de um devido processo legal.

4.4.1 Inquérito policial

O inquérito policial é um procedimento de cunho eminentemente investigatório, que tem por finalidade apurar a existência de autoria e materialidade que deverão ser levados ao conhecimento do Ministério Público, em se tratando de ação penal pública, para que esse último forme ou não seu convencimento, e ofereça ou não a denúncia. Caso a ação penal seja de iniciativa do ofendido, o inquérito policial pode ser instaurado para se apurar o possível fato e, posteriormente, caberá ao ofendido valer-se dessas informações, ou não, para oferecer queixa-crime em juízo.

Assim, a finalidade do inquérito policial como instrumento é apenas a de recolher as informações pertinentes à autoria e materialidade e disponibilizá-las a quem de direito, a fim de que os interessados optem por exercer ou não seu direito de ação, através do oferecimento de denúncia ou de queixa-crime.

4.4.2 A Polícia Judiciária

Segundo dispõe o texto da Lei Maior, no seu art. 144, caberá à polícia judiciária proceder à apuração das infrações penais, exceto as polícias militares. No caso de crimes praticados contra bens e interesses da União, caberá à Polícia Federal proceder à investigação com o fito de promover a apuração dos respectivos ilícitos de competência da Justiça Federal, em conformidade com o prescrito no art. 109 do texto constitucional. As demais infrações penais, não sendo de competência da Justiça Federal ou Militar, serão apuradas pelas Polícias Judiciárias Estaduais, vulgo Polícias Civas. A condução da investigação fica aos cuidados da autoridade policial, no caso, o Delegado de Polícia. Esse cargo é privativo de funcionários que pertençam aos quadros de carreira dos aludidos órgãos.

4.4.3 A instauração do procedimento investigatório

A instauração leva em consideração a natureza da infração praticada e sua respectiva ação penal, ou seja, para os crimes cuja ação penal é pública incondicionada, permite-se que a

autoridade policial, delegado de polícia, de ofício determine a instauração do procedimento investigatório, tendo em mira a relevância dos interesses envolvidos. Todavia, por ser ação penal pública incondicionada é imprescindível que o fato delituoso seja devidamente esclarecido como crime que tenha lesado determinados bens jurídicos de relevância para a sociedade.

Considerando-se que a ação penal pública condicionada exige representação, deverá-se aguardar o comparecimento do ofendido ou de seu representante legal para que a condição de procedibilidade seja cumprida, a saber, a elaboração do pedido, que é a autorização por parte do interessado.

A partir da confecção desse documento, no prazo legal, confere-se legitimidade à autoridade policial para determinar a instauração do inquérito, tendo em vista o cumprimento das formalidades. Há que se mencionar a necessidade de a representação trazer consigo indícios razoáveis da existência de provável fato delituoso, para que tais provas forneçam à autoridade informações que ensejem à instauração do procedimento. O próprio ofendido pode dirigir-se à presença da autoridade e levar ao seu conhecimento, por escrito, a existência de um fato delituoso cuja ação penal seja pública condicionada. Caso queira contratar um profissional do Direito para tomar as providências em seu nome, é indispensável que o técnico exiba procuração com poderes especiais.

No que diz respeito à ação penal de iniciativa do ofendido, a norma processual autoriza também a instauração de investigação criminal, atendendo a autoridade policial ao requerimento do interessado. Da mesma maneira, é vital que o requerimento cuide de apresentar indícios razoáveis da existência de crime para que o inquérito não possa ser instaurado de forma desnecessária e causar constrangimento ilegal ao cidadão, o que ensejará manejo do remédio heróico com intuito de trancá-lo.

A questão relacionada à requisição da autoridade judiciária e do Ministério Público, objetivando a instauração de procedimento investigatório, só é admissível quando se estiver examinando ação penal pública incondicionada.

Não há que se falar em requisição expedida por determinação da autoridade judicial por razão bem simples: o Juiz não deve lançar mão de poderes anômalos à sua função e intervir na atividade iniciante persecutória, usurpando atribuição específica do Ministério Público, e determinar a instauração de inquérito, a fim de investigar crime cuja ação penal é pública incondicionada. Nesse aspecto, merece repúdio o dispositivo previsto no art. 5º, §, III, do Código de Processo Penal, ao permitir assim agir a autoridade judiciária.

Não se pode olvidar que a função exercida pelo Estado-Juiz é bem definida pelo processo moderno e não comporta ilações, no sentido de permitir agir transvertido em órgão oficial da acusação.

O citado dispositivo não pode considerado, mas, como já discutido alhures, o Código de Processo Penal apegou-se à mística da legislação empregada na defesa dos interesses da própria sociedade. Tal argumento representa uma falácia, pois foi e pode ser utilizado para encobrir os mais vis e torpes interesses e fundamentar procedimentos injustos e ilegais praticados pelos Estados ditatoriais.

Cabe analisar, de passagem, a prisão em flagrante como forma de possibilitar a instauração do inquérito policial. Constatado o chamado estado de flagrância, previsto no art. 302, do Código de Processo Penal, a prisão do infrator é iminente. Esse deve ser conduzido à presença da autoridade policial e instaurado o inquérito a partir da lavratura do auto, em respeito ao art. 304, também do Código de Processo Penal. Todavia, se o crime que motivou a lavratura do auto for de iniciativa do ofendido, ou mesmo uma ação penal pública condicionada à representação, torna-se indispensável a presença do ofendido no momento em que for lavrado o auto, a fim de que sua vontade seja perquirida pela autoridade policial, tendo em vista as exigências para a lavratura do próprio auto. Neste momento, o ofendido deve deixar claro que tem interesse em que as providências legais sejam tomadas em relação ao autor do fato.

Por fim, o inquérito pode ser instaurado, também, em função de delação feita por qualquer cidadão, ao levar ao conhecimento da autoridade policial a existência de fato delituoso cuja ação penal seja pública incondicionada. Não se deve confundir essa modalidade de instauração de inquérito com a simples denúncia anônima. No caso em apreço, o delator transmite à autoridade a existência de provável fato delituoso e seu depoimento é reduzido a termo, o que não é verificado nas diversas formas de denúncias anônimas recebidas diuturnamente pelas autoridades, narrando a existência de crimes e criminosos. Nessa última espécie, não há a menor possibilidade de ser atendida a norma processual, pela simples exigência de o delator dever comparecer à presença da autoridade e lhe apresentar a notícia do crime. Depois de verificada sua procedência, determinará a autoridade a instauração de inquérito. Ora, em muitos momentos as denúncias anônimas são desprezadas pela própria autoridade por representarem mera especulação, incapazes que são de fundamentar ação concreta e a instauração de inquérito.

4.4.4 Inaplicabilidade das regras orientadoras do processo na fase inquisitória

A doutrina majoritária do processo penal brasileiro parte de leitura, que se pode qualificar de limitada, do texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LV: “[...] 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 eles inerentes”.

Convencionou-se que as regras orientadoras do processo só têm razão de ser na fase judiciária. Ora, não se partilha tal entendimento, haja vista que essas regras constituem garantias postas à disposição do cidadão para poder fazer valer os direitos inerentes à sua condição de pessoa humana portadora de direitos inalienáveis. Não se concebe o raciocínio estreito de que os dispositivos extraídos de normas humanitárias vêm em socorro do cidadão somente por ocasião do processo. Diferentemente, crê-se que é na fase pré-processual, quando o cidadão se encontra desamparado e desassistido por todos, inclusive pelo próprio Estado, que tais direitos devem lhe ser assegurados.

No entanto, na fase pré-processual não é permitido ao cidadão invocar os mandamentos constitucionais em seu próprio benefício, para se ver livre de vários constrangimentos que lhe são impingidos, dentre os quais, a violência física e mental, que, em muitas agências policiais, é complemento da própria atividade investigatória.

É cômodo transferir-se a responsabilidade para a fase judicial, para que as regras orientadoras possam ser invocadas em socorro do cidadão. Nesse caso, é como se se fechassem os olhos e tampassem-se os ouvidos para os gritos lançados pelos desafortunados, como se tudo ocorresse na mais perfeita ordem.

Entretanto, o cientista do Direito deve ter coragem de ousar e propor adoção de outros paradigmas, de preferência aqueles mais afinados com o chamado Estado Democrático. Dessa forma, descola-se do entendimento de que as regras orientadoras para o processo devem ser aplicadas somente para o processo, ou seja, que o inquérito não deve ser considerado como tal e, sim, apenas, procedimento administrativo informativo, no qual não há, via de regra, a existência de acusado e de acusador e não se devem adotar práticas ou regras que favoreçam o indiciado.

Repete-se que é, justamente, na fase inquisitória que tais regras devem ter a sua razão de ser, ainda mais que a prova colhida nessa etapa será utilizada para a propositura de ação penal, e sequer é possibilitado ao indiciado influir sobre a sua elaboração.

Há que se questionar a validade dessas provas, se não é permitido um contraditório, se não se sabe mesmo se existe meio ou veículo para a publicização dos atos. Não procede também redargüir com o mote de que o inquérito é mera peça informativa, como se tal afirmativa fosse suficiente para esconder ou justificar as arbitrariedades e ilegalidades praticadas em nome da apuração da “verdade dos fatos”.

Entretanto, uma voz lúcida ousa discordar da multidão enfurecida, e, em magistral e lúcida lição, Rogério Lauria Tucci (1993, p. 115), constrói referência e alento ao demonstrar a inviabilidade da argumentação dos muitos que insistem na manutenção daquele pensamento atávico. Suas palavras o respaldam:

Trata-se, aliás, de orientação que se universaliza, como demonstram os mais autorizados analistas do tema ao enfatizar que a efetividade dessa garantia [ao devido processo, ampla defesa e contraditório] deve concorrer desde a fase pré-processual, de natureza investigatória, em que coligadas as provas a serem utilizadas no *iudicim* sobre a inocência ou a culpabilidade do indigitado autor da infração penal, subseqüentemente acusado.

Em arremate, as regras orientadoras do processo, denominadas princípios gerais do processo, na óptica aqui construída na releitura de normas penais internacionais, em especial do Pacto de São José da Costa Rica, são instrumentos postos à disposição do cidadão, para serem utilizados não importando ser fase pré-processual ou judicial. O que deve ser levado em consideração é a efetiva oportunidade de que deve dispor o cidadão para fazer valer suas prerrogativas inalienáveis, não só em relação ao *a priori* de sua não-culpabilidade, mas, também, no invocar em seu auxílio o contraditório e a ampla defesa, independentemente de se estar examinando um procedimento de natureza investigatória informativa, como por exemplo, o inquérito policial.

4.4.5 O destinatário imediato e mediato do inquérito policial

Após a conclusão, os autos do inquérito são remetidos à Justiça para posterior análise do Ministério Público, que é o destinatário imediato desse procedimento investigatório. A manifestação ministerial pode ser no sentido de oferecer a denúncia, de requerer novas diligências, ou, mesmo, de promover o arquivamento dos autos do inquérito. Após a definição de uma dessas providências e sua execução, os autos serão conclusos.

O magistrado, na condição de destinatário mediato do inquérito, poderá acatar uma das providências propostas. Na hipótese de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o Juiz poderá receber ou rejeitar a denúncia, fazendo valer os artigos 41 ou 43, ambos do Código de Processo Penal. Em se tratando da promoção de arquivamento dos autos do inquérito, poderá o magistrado concordar ou discordar da manifestação ministerial. Se houver concordância, os autos serão arquivados desde que não sobrevenha fato novo, especialmente nos casos em que o arquivamento é deferido sob o argumento de precariedade de provas.

Ademais, nessa modalidade, o arquivamento não é definitivo, fazendo apenas coisa julgada formal, e, nesses termos, enquanto não ocorrer a prescrição da pretensão punitiva, caso surja fato novo poderá ocorrer o desarquivamento para o fato ser re-investigado, sendo possível, até mesmo, o oferecimento de denúncia. Porém, os casos de arquivamento por questões relacionadas à atipicidade e à presença de causas de punibilidade são definitivos.

O requerimento de novas diligências, encabeçado pelo Ministério Público, deve ser atendido pelo julgador, desde que não haja incidência de protelação por parte do Estado-Administração, em função da fase persecutória em andamento, ou seja, da investigação. Espera-se que o Ministério Público seja sensível e sensato para não requerer o retorno dos autos à Delegacia de Polícia para o cumprimento de diligências, estando o indiciado preso, o que, entende-se, pode configurar constrangimento ilegal sanável com a impetração de *habeas corpus*. No entanto, tal hipótese nem é contemplada formalmente pela legislação processual brasileira, *venia maxima*.

4.4.6 Prazos para a conclusão do inquérito policial

Verificada a prisão do indiciado, o prazo para a conclusão das investigações é de dez dias, inexistindo prorrogação. No âmbito da Justiça Federal, em razão da Lei nº 5.010/1966, art. 66, o prazo para encerramento de tal atividade é de quinze dias, prorrogável por mais quinze dias. Na hipótese de o indiciado estar em liberdade, o prazo é de trinta dias, possibilitada a ocorrência de diversas prorrogações.

A dilação de prazo, caso haja a prisão do indiciado, apesar de não ser autorizada pela lei processual, é praticada sistematicamente no foro criminal brasileiro, sem maiores

constrangimentos. Chegou-se a formar entendimento oficioso por parte de juízes e tribunais de que o excesso de prazo, nesse momento, não gera constrangimento ilegal algum ao preso. O sofisma é, no mínimo, curioso. Eis que, embora preterido o prazo previsto no art. 10, do Código de Processo Penal que disciplina o tema, a eventual demora poderá ser compensada com a prática dos demais atos, em especial, na época da instrução criminal, quando então se procurará imprimir maior celeridade ao procedimento, para que a instrução se encerre dentro de, no máximo, oitenta e um dias, em se tratando do processo comum, rito ordinário.

Ora, pressupõe-se que, na medida em que a lei estipula determinado prazo, esse deve ser observado e cumprido, salvo nos momentos em que a autoridade policial se vê efetivamente impossibilitada de investigar o fato delituoso devido à ausência de condições humanas e materiais. Não sendo esse o fato impeditivo, não há que se falar em prorrogação de prazo para conclusão de inquérito, no caso de o indiciado estar preso.

4.4.7 A presença do curador ao indiciado menor no inquérito

O tema da presença do curador ao indiciado menor no inquérito perdeu por completo a importância, na medida em que o novo Código Civil estabeleceu que a maioridade inicia-se aos dezoito anos, desobrigando a nomeação de curador ao indiciado quando da sua oitiva na fase pré-processual. Essa exigência visava a conferir ao indiciado a assistência de um curador, tendo em vista sua pouca experiência de vida e a necessidade de a legislação processual penal estar afinada com o então Código Civil de 1916.

Na atualidade, o indiciado, desde que possa ser responsabilizado penal e civilmente, não tem necessidade de ser assistido perante a autoridade policial, na condição de indiciado, para prestar declaração. O mais adequado, no entanto, seria providenciar a assistência técnica de um profissional do Direito, para que possa ser considerado sujeito de direitos e não mero objeto da investigação.

Considera-se equivocado o argumento de que o art. 2.043, do atual Código Civil, determina a utilização das atuais regras existentes no Código de Processo Penal até a chegada de nova lei que revogue expressamente os dispositivos existentes no Código de Processo Penal, como no caso em tela, o art. 15, da atual legislação processual. Não se encontra justificativa plausível para tal façanha. Veja-se, a título de exemplo, o antigo artigo 185, do

Código de Processo Penal, revogado recentemente pela Lei nº 10.792/2003, no qual era determinada a nomeação de curador ao acusado, por ocasião do seu interrogatório. Por força de interpretação sistemática e coerente, a mesma regra deveria ser estendida à fase investigatória, para que o indiciado, ao ser ouvido na presença da autoridade policial, estivesse acompanhado de advogado.

Recente modificação do parágrafo único do art. 306, do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei nº 11.613/2007, determina que, após a lavratura do auto de prisão em flagrante dentro de 24 horas, deverá “[...] será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública [...]”.

4.4.8 As provas colhidas durante a fase investigatória

As regras utilizadas para colher a prova na fase investigatória seguem, em princípio, o estabelecido pelo Código de Processo Penal para a produção de provas em juízo. Tal se deve ao fato de a legislação processual ter criado uma única regra, comum a ambas as etapas. Com base nos artigos 155 e seguintes, do Código em comento, grafados no capítulo das provas em geral, tem-se que as regras a serem aplicadas são as mesmas para todas as fases procedimentais.

Entretanto, pertine ressaltar que, para a fase pré-processual, na prática, não se reconhece necessidade de invocar a presença das regras orientadoras do processo para o inquérito. Novamente se registra que tal prática é, no mínimo, descabida. Ademais, o condutor da investigação é que deve estabelecer qual o meio de prova a ser colhido em primeira oportunidade. O que se verifica é a ausência de seqüência lógica na coleta de provas, ou seja, a autoridade policial, segundo a melhor conveniência da investigação, é que deve estabelecer qual a prova a ser colhida em primeira mão. Em suma, não há seqüência lógica no desencadeamento dos atos a serem realizados.

As provas testemunhais são colhidas com certa rapidez, haja vista que, entre a ocorrência do fato e o comparecimento da testemunha à Delegacia de Polícia, normalmente há curto espaço de tempo. O depoimento é, em regra, rico em detalhes e informações. Por certo, quando do comparecimento da testemunha à Justiça, já em andamento o processo, aqueles mesmos detalhes não seriam observados em um novo depoimento, e, nesses, quase nada se acrescenta ao trazido pelo inquérito.

Em relação à prova pericial, essa é desenvolvida com o inquérito em andamento para que os vestígios colhidos não sofram comprometimentos e inviabilizem a realização do exame de corpo de delito. O reconhecimento e as acareações que, nesse momento, assumem relevância no cenário investigatório, propiciarão melhor visão do fato investigado, se tais materiais forem devidamente colhidos.

Em momento algum, no entanto, o indiciado e a vítima são chamados a se manifestarem a respeito dos meios de provas que estão sendo utilizados para esclarecer e informar acerca das possíveis autorias e materialidades. Ao final, como é preceituado por muitos, o inquérito policial é sigiloso.

Nessa fase, ainda, o indiciado não é obrigado a comparecer às audiências para produzir prova contrária aos seus interesses, mesmo que sua ausência implique em não realização da prova. O texto constitucional, dentre outras conquistas, sufragou também a ampla defesa. O direito de manter-se em silêncio ou até de optar em não comparecer a determinados atos do inquérito é inerente à condição de indiciado.

A idéia de que o indiciado ou o acusado tem o dever de comparecer em juízo, ou mesmo, à presença da autoridade policial para participar de colheita ou “produção de provas”, ainda que não sacrifique sua imagem ou integridade física, é contrária ao próprio mandamento constitucional, pois obriga o cidadão a se colocar à disposição das autoridades para produzir provas contrárias ao seu interesse.

Não procede que se invoque a máxima de que o interesse público deve sobrepor-se ao privado e, assim, espera-se que o cidadão coopere com o esforço desenvolvido pelo Estado para combater o crime. Tal pensamento coaduna perfeitamente com um “Estado Novo”, mas jamais com um Estado Democrático, no qual as garantias individuais são de fato e de direito respeitadas.

Da concepção clássica do estudo da prova e de seus reflexos no âmbito do Direito Processual Penal, advindos do Direito Constitucional, poder-se-ia aprimorar o instituto e incorporá-lo a discussão que envolvesse procedimentalização, como aponta Rosemiro Pereira Leal (2005b, p. 196):

[...] Como enfatizado ao longo do texto, o instituto jurídico da prova, em sua composição teórica, tem eixo fundamental na categoria tempo-meio a assegurar a conquista histórica do processo constitucionalizado que se configura pela junção-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e do *due process of law* (direito à procedimentalização das alegações de direito pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos do procedimento). Advém do art. 5º, LVI, da CR/88, o condicionamento da realização procedimental da prova à utilização dos meios lícitos. De conseguinte,

não é procedimentalizável, tornando-se ato inexistente (não nulo, ou anulável), a obtenção do *elemento* ou *instrumento* de prova produzido por *meios* ilícitos (ilegais), porque a prova se ressentiria de aspecto teórico de sua configuração legal (licitude do meio empregado). Não seria ato viciado, mas ato ausente pela supressão de licitude na estrutura de sua produção. Se a jurisdição sem processo é inconstitucional (art. 5º, LIV, da CR/88), a teoria da prova, como instituto jurídico, é imprescindível à compreensão da procedimentalidade democrática [...].

4.4.9 O valor probante das provas colhidas pelo inquérito

As provas colhidas pelo inquérito são e sempre serão destituídas de validade, na perspectiva desta pesquisa. A produção de provas, por excelência, é desenvolvida em juízo, perpassada que deve ser pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. É mister ressaltar que tal princípio deve se estender ao procedimento administrativo denominado de investigação criminal, para que o investigado, em qualquer condição, se torne culpado previamente. Ademais, as provas colhidas não se revestem de legitimidade e legalidade por estar ausente o devido processo legal. Ademais, pelo fato de não terem sido submetidas a um procedimento processualizado, compatível com a existência de ampla defesa e contraditório, logo:

[...] Sem procedimento (relação espaço-temporal formalizada) não há como operacionalizar democraticamente o instituto da prova. A lei constitucional brasileira (CR/88), ao adotar o devido processo legal (art. LIV), institui a hermenêutica cognitiva como meio legal amplificado de verificação dos fatos. A cognição é modo legal de verificação pelo procedimento instrumentalizado. A prova procedimental (existência de procedimento) é direito-garantia inafastável da cognição, porque somente a interpretação volitiva das autocracias ou das democracias imperfeitas é que afastam a prova, em sua plenitude teórica, em troca dos devaneios e ideias judicantes [...] (LEAL, 2005b, p. 199).

Somente através de revisão na estrutura do processo penal é que se chegará à maturidade suficiente em que se adote teoria politicamente correta como o é a da natureza processualizada. Assim, é que se conseguirá resgatar o significado da prova colhida ou produzida nos parâmetros democráticos.

4.4.10 O sigilo das investigações

Dispõe o art. 20, do Código de Processo Penal, que a autoridade policial pode entender ser necessário dotar o inquérito de sigilo. O sigilo, se utilizado adequadamente,

permite que o fato seja apurado de forma rápida e segura; evita a exposição da imagem do indiciado, indevidamente, à mídia; e impede que se forme julgamento precipitado do fato, sem que o investigado tenha direito de resposta. Em que pese restrição ao direito à informação nessa fase ao indiciado, não se nega que, em algumas situações, o sigilo oferece condições para que o fato delituoso possa ser esclarecido com maior rapidez, como, por exemplo, quando se examina a questão delicada do crime organizado e suas ramificações e implicações.

Entretanto, o sigilo não pode ser estendido ao profissional do Direito como meio de impedir que esse se inteire das provas existentes nos autos do inquérito, tanto porque a advocacia é função pública essencial à Justiça, como porque o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é lei federal e não conhece restrições dessa espécie à atuação do profissional do Direito.

A título de ilustração, registre-se que, na Europa, a atual Ordenação Processual Penal Alemã (StPO), sequer permite que haja diligências no escritório do advogado para recolher documentos, em poder desse profissional, que interessem ao processo. Não há, por outro lado, impedimentos a que o profissional do Direito acesse a fase investigatória. O que se exige é responsabilidade por parte do advogado, durante o exercício de sua função. Desnecessário frisar que, nos casos em que se comprova o envolvimento do advogado com criminosos, tal estatuto não se aplica ao faltoso em razão da condição de partícipe em sociedade criminosa. Assim, nesse último caso, não se concede ao advogado o reconhecimento de suas prerrogativas profissionais.

Em conclusão, pode-se afirmar que o sigilo, com todas as suas nuances, jamais poderá ser utilizado como forma de impedir que o advogado conheça as provas colhidas pelo inquérito. No entanto, caso o advogado revele indevidamente informações sigilosas, poderá ser submetido às penalidades existentes na lei penal.

4.4.11 A incomunicabilidade do indiciado preso

O art. 21 da legislação processual penal em vigor perdeu sua razão de ser frente às várias modalidades de prisões provisórias previstas no ordenamento jurídico processual penal, pelo fato de os atuais dispositivos possuírem maior abrangência, como é o caso da prisão temporária.

Já há algum tempo, desde a entrada em vigor do atual texto constitucional, o art. 136, em seu § 3º, inciso IV, é parâmetro para a não aplicação do dispositivo previsto no art. 21, do Código de Processo Penal, pois nem mesmo no estado de sítio, em que as garantias podem ser suspensas, admite-se a incomunicabilidade do preso, quanto mais em relação ao inquérito policial. O dispositivo é, pois, impraticável por ser a investigação um mero procedimento de cunho investigatório.

4.4.12 O inquérito policial e as autoridades que possuem a chamada prerrogativa de função

As autoridades que possuem prerrogativa de função, por exemplo, juízes e promotores de justiça, ao serem presos por crimes inafiançáveis, só poderão ser investigados pelo próprio Tribunal de Justiça, a quem compete o julgamento das infrações penais praticadas por essas autoridades. Assim, o inquérito não pode ser conduzido pela polícia judiciária.

Na tentativa de preservar a prerrogativa de função, as Constituições Federais e Estaduais afastaram da alçada das polícias judiciárias a possibilidade de investigarem estas autoridades, e, proporcionaram ocasião a inúmeras dificuldades aos Órgãos Especiais dos Tribunais de Justiça quando da apuração dos delitos praticados por essas autoridades, devido à falta de estrutura para as investigações. Em algumas situações, presencia-se a delegação de poderes às autoridades judiciárias para que se proceda às investigações sob as ordens de um Desembargador Relator. Nesse aspecto, observa-se que a polícia judiciária deveria investigar coordenada pelas autoridades judiciárias, do Ministério Público e com o acompanhamento vigoroso de um defensor. Dessa forma, como já afirmado, seria possível a prática de um modelo investigatório participativo com a presença do devido processo legal.

4.4.13 A função do juiz na fase pré-processual

Segundo a opinião prevalente, a autoridade judiciária só deve intervir na fase persecutória para manter as garantias fundamentais do cidadão, ou seja, evitar que o cidadão seja exposto a medidas restritivas de liberdade aleatoriamente. Em outras palavras, a intervenção se dá no sentido de manter a integridade física e mental do cidadão, em função de excessos eventuais praticados pela autoridade policial.

Não se admite a participação do Juiz, como no modelo participativo do juizado de instrução. Nesse, a função do juiz é exercida no sentido de manter as garantias fundamentais de forma que toda a prova colhida ocorra na presença da ampla defesa e do contraditório, contando com a participação do Ministério Público e do defensor. Esses últimos, juntos, somarão esforços para fazerem valer suas alegações.

4.4.14 O Ministério Público e a investigação criminal

Rodrigo César Rebello Pinho (2005, p. 50) entende que há polêmica a respeito da constitucionalidade ou não do poder de investigação do Ministério Público e afirma que:

[...] há diversos precedentes nesse sentido, [em] que o Ministério Público pode investigar. Em nenhum momento a Constituição estabeleceu o monopólio, a exclusividade das investigações para a Polícia Judiciária. É função exclusiva da Polícia Judiciária a instauração de inquérito policial. A Constituição assegura essa função à Polícia Judiciária, tanto a Federal como a Estadual, mas o monopólio das investigações, a busca de provas, de evidências que levam à procedência da ação penal, isso a Constituição não assegura com exclusividade à Polícia Civil, o que seria um verdadeiro absurdo, colocando o Brasil numa posição singular em relação aos demais países.

Não há como deixar de concordar com essa conclusão. De fato, o texto constitucional, em especial no art. 144, nada diz sobre uma reserva técnica ou faz menção a eventuais restrições às atuações do Ministério Público ao procurar por indícios que possam denunciar a existência de crime. Com efeito, pensar de forma diversa assemelhar-se-ia a criar espécie de reserva de “mercado” às autoridades policiais em relação à investigação criminal. O que deve ser discutido é a forma de a defesa ter acesso ao material que esteja em poder dos membros do Ministério Público.

Recentes decisões dos Tribunais Superiores dão conta de que o Ministério Público possui, dentre suas atribuições, poderes investigatórios, no sentido de providenciar o recolhimento de informação que lhe possa servir de subsídio ao oferecimento de denúncia. Mas, não há qualquer precedente que lhe possibilite agir como se fora autoridade policial competente para presidir a investigação policial.

Cite-se o importante acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 23 de outubro de 1998, da lavra do então Ministro Nelson Jobim, que endossa tal opinião. No próprio ementário do Superior Tribunal de Justiça pode-se constatar igual pensamento, através dos

vários votos dos seus Ministros:

Não faria sentido, sendo essa instituição a responsável exclusivamente pela ação penal pública, que não pudesse praticar qualquer ato tendente à elucidação dos fatos (Ministro Felix Fischer).

A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover com exclusividade a ação penal pública (Ministra Laurita Vaz).

Não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público, visando à complementação das investigações para a oitiva de paciente acusado de abuso de autoridade. Precedentes do STJ e do STF (Ministro Gilson Dipp) (BRASIL, 2003).

Embora não sendo ainda pacífica a matéria, Fauzi Hassan Choukr (2006, p. 184) entende, com razão, que a participação do Ministério Público na fase investigatória é correta. Assente-se aqui com tal pensamento:

Pela leitura do texto constitucional parece claro que não existe a indicação de monopólio investigativo às instituições policiais (CLÉVE: 2004). E nem poderia ser de outra maneira. Com efeito, grave distorção que se dá na apreciação do texto de 1988 é a que advém da sua leitura segmentada, não sistêmica e, portanto, fadada a conclusões igualmente incompletas. Assim, com a devida vênua, padecem de consistência perante a Constituição posições de notáveis operadores do direito (MORAES FILHO: 1997), como exemplarmente exposto por Streck & Feldens (2003) quando se debruçaram sobre o assunto [...].

Em arremate, não se verifica qualquer vedação constitucional que impeça que os membros do Ministério Público investiguem e recolham os elementos probatórios. O que se sugere é que se oportunize ao investigado a disponibilidade de conhecer o material probatório e oferecer contraprova.

4.4.15 Nulidades e inquérito policial

O inquérito policial não é passível de ser anulado, por se tratar de procedimento informativo. Não há processo em vista. É o que se infere da instrução dos manuais de Processo Penal elaborados, por exemplo, por Fernando da Costa Tourinho Filho, no seu *Direito Processual Penal*, volume I. Entretanto, algumas provas, se colhidas de forma equivocada,

inviabilizam o oferecimento de denúncia e comprometem a própria instrução criminal, por exemplo, a questão relacionada à prova pericial produzida erroneamente. Ademais, como se sabe, o atual Código de Processo Penal não se preocupou em disciplinar regamente o Capítulo das Nulidades e estabeleceu critério, no mínimo confuso, ao sufragar a instrumentalidade das formas e conter qualquer discussão mais democrática ao redor do tema. Apesar de ser opinião recorrente de que o inquérito é procedimento administrativo e informativo, não se deve esquecer que se, por exemplo, a autoridade policial conduzir investigação no sentido de indiciar o seu desafeto, não se pode verificar qualquer tipo de irregularidade nesse fato. Tal é o absurdo que se constata: a autoridade policial é imune a qualquer espécie de irregularidade processual.

A estrutura examinada limita a oportunidade do indiciado influir sobre as provas colhidas e preparar-se para se defender de possível ação penal a ser promovida por parte do Estado-Ministério Público. Mais uma vez, depara-se com a falta de isonomia, ou seja, o Estado é dotado de todos meios para poder valer os seus direitos, enquanto o cidadão investigado deve, necessariamente, aguardar o melhor momento de se defender: depois de iniciada a propositura de uma ação penal - em juízo.

Felizmente, essa não é a rotina em vários diplomas processuais penais estrangeiros, nos quais a figura ultrapassada do inquérito policial foi abolida ou substituída pelo juizado de instrução. Ademais, já não se trabalha mais com duas polícias: uma judiciária e outra militar.

5 A LEGISLAÇÃO COMPARADA COMO INSPIRAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE PARADIGMA PARA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As legislações processuais europeus que se buscou para o cotejamento de paradigmas¹⁹ são as dos Códigos Processuais Penais da Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal.

Há entre os modelos adotados em Portugal, na Itália e na Alemanha afinidades, no tocante à investigação criminal, pelo fato de, nesses países, a investigação ser conduzida pelo Ministério Público. Na Espanha e na França, a investigação preliminar é conduzida sob a orientação direta de um magistrado, que é o mesmo que irá pronunciar e julgar o acusado em outra oportunidade. Assume-se que os modelos espanhóis e franceses representam sistemas deficientes.

Por opção, o primeiro modelo processual a ser examinado é o português, devido às vinculações históricas com aquele país. A seguir, analisa-se o modelo italiano, o espanhol e o francês, finalizando-se com o alemão que, pela sua estrutura objetiva e funcional, elege-se aqui como fonte de inspiração para a elaboração de novo modelo de código de processo penal brasileiro, em especial, quando se estuda a fase preliminar, em que é examinado o recolhimento dos elementos que demonstram a existência do fato delituoso.

No modelo processual alemão, a atuação de uma única polícia na fase preliminar, dirigida pelo Fiscal da Lei, e a adoção de garantias constitucionais voltadas para enfatizar o contraditório e ampla defesa, permitem ao inculpado plena defesa e fazem desse sistema modelo a ser seguido como referência de moderna legislação processual penal.

¹⁹ A palavra paradigma significa segundo Ivan Domingues, na sua *Epistemologia das Ciências Humanas* (2004, p. 51), é: “modelo ou exemplo”. Para melhor entendimento desse termo e do uso, vale-se do estudo da Professora Flaviane de Magalhães de Barros Pellegrini, no seu artigo, intitulado *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo*, publicado na revista *Virtuajus*, da Faculdade Mineira de Direito (2004, p. 2-3), quando afirma: “Importa ressaltar como a noção de paradigma está atualmente estruturada na ciência do direito para compreendermos o que seja paradigma do Direito; ou seja, como uma determinada sociedade, num determinado período compreende os princípios e o sistema de direito (*apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 52-54). Assim, é possível, como assevera Menelick de Carvalho Neto, reconstruir um paradigma único, que compreenderia a Antiguidade e a Idade Média, ao passo que na Modernidade é necessária - em razão da pesquisa - a formulação de três paradigmas: O Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático, os quais se sucedem cronologicamente ‘em um processo de superação e subsunção’ (CARVALHO NETTO, 1988, p. 476)”.

5.1 O Código de Processo Penal Português

O atual Código de Processo Penal português sucedeu o de 1929 e as legislações avulsas. Sua antiga legislação se apresentava como instrumento jurídico-político extremamente autoritário, operando em sistema misto, tanto acusatório, como inquisitório, no qual o acusado não contava com seus direitos fundamentais respeitados durante as fases pré-processual e processual. O inquérito policial foi mantido como forma de preparar a ação penal e a instrução criminal não assegurava ao acusado, denominado argüido, o respeito à presunção de inocência. Além disso, as medidas restritivas de liberdade eram, normalmente, tomadas contra o acusado sem respeitar os seus direitos (MEIRA, 1999, p. 50).

Em 1945, o Decreto-Lei nº 37.007 estabeleceu a competência do Ministério Público português como responsável para dirimir a instrução criminal e recolher os fundamentos para a propositura de ação penal. Com a posterior entrada em vigor do Decreto-Lei nº 185/1972, houve melhoria no sistema adotado pela lei processual, ao permitir que o argüido tivesse seus direitos fundamentais respeitados. Surgiu, ali, a figura do juiz de instrução e a função do Ministério Público definiu-se no sentido da fiscalização judicial da atividade processual.

Em 1974, o movimento democrático e, sobretudo, a promulgação da Constituição da República de 1976 demandaram reforma global do direito processual português, adequando-o aos princípios de um Estado de Direito Material, ou seja, de raiz democrática e social que se pretendia implantar e, simultaneamente, reconduzindo-o a um sistema claro e seguro. Assim, facilitar-se-ia a aplicação do direito e colocar-se-ia fim à insegurança que fomentava o surgimento de diversos sistemas sobrepostos, conflitantes, quando não contraditórios, que resultava em prejuízos para o cidadão.

Em 1982, entrou em vigor o novo Código Penal, o que exigiu a reforma da lei. Para isso, foi criada comissão governamental para estudar e elaborar novo código de processo penal, mas somente em 1987, depois de idas e vindas, o novo código de processo penal foi concluído, e passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1988. A estrutura acusatória do processo foi mantida, adequando-se à exigência constitucional (Artigo 32, nº 5). As garantias de presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa tornaram-se regra, em função de o respeito à liberdade do cidadão encontrar-se retratado na norma infraconstitucional. O ano de 1988 marcou o início de nova fase do direito processual penal português (MEIRA, 1999, p. 51-53).

No cenário atual do Código de Processo Penal português, nos termos do Decreto-Lei

nº 78/97, de 17 de fevereiro de 1997, no texto equivalente a uma exposição de motivos na legislação brasileira, constata-se a preocupação da comissão elaboradora em incorporar todos os preceitos constitucionais:

- a) A primeira nota tem a ver com a estrutura básica do processo penal. Por apego deliberado a uma das conquistas mais marcantes do progresso civilizado democrático, e, por obediência ao mandamento constitucional, o Código perspectivou um processo de estrutura basicamente acusatória. Contudo - e sem a mínima transigência no que às autênticas exigências do acusatório respeita - procurou temperar o empenho na maximização da acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para efeito de acusação como de julgamento; o que representa, além do mais, sintonia com a nossa tradição jurídico-processual penal.
- b) Em segundo lugar, o Código optou, decididamente, por converter o inquérito, realizado sob a titularidade e a direção do Ministério Público, na fase geral e normal de preparar a decisão de acusação ou não acusação. Por seu turno, a instrução de caráter contraditório e dotado de uma fase de debate oral - o que implicou o abandono da distinção entre instrução preparatória e contraditória - apenas terá lugar quando for requerida pelo argüido que pretenda invalidar a decisão de acusação, ou pelo assistente que deseje contrariar a decisão de não acusação. Tal opção filia-se na convicção de que só assim será possível ultrapassar um dos maiores e mais graves estrangulamentos da práxis processual penal. E esteia-se, por outro lado, no fato de que todos os atos processuais que contendam diretamente com os direitos fundamentais do argüido só podem ter lugar se autorizados pelo juiz de instrução e, nalguns casos, só por este podem ser realizados [...] os órgãos de polícia criminal são, na fase de inquérito, colocados na dependência funcional do Ministério Público.
- c) Inovador a muitos títulos é, em terceiro lugar, o regime de recursos previstos neste código [Código Processual Penal português]. Com as inovações introduzidas, procurou obter-se um duplo efeito: potenciar a economia processual numa óptica de celeridade e de eficiência e, ao mesmo tempo, emprestar efetivamente à garantia contida num duplo grau de jurisdição autêntico (MEIRA, 1999, p. 55).

Do exposto, efetivamente, assume-se que o legislador português, não exclusivamente, mas sintonizado com o pensamento de vários países, entende que:

[...] só é legítimo ao Estado submeter uma pessoa a julgamento pela prática de um crime havendo comprovado motivos que o justifiquem. O que impõe que a primeira etapa da tramitação do processo penal comporte uma fase, ou conjunto de fases, que visa investigar cabalmente a existência de um crime de que houve notícia e determinar os seus agentes, descobrindo e recolhendo as provas. Terminada essa primeira parte do processo, apeladas de preparatória, e esgotadas as diligências de investigação possíveis, importa em responder à seguinte questão: há, ou não motivos que justifiquem a submissão de alguém a julgamento? Só uma resposta afirmativa permite a progressão do processo para a fase seguinte - a de julgamento (SILVEIRA, 2003, p. 3).

Não se pode, no entanto, perder de vista que o inquérito previsto no Código português tem a finalidade, também, de apresentar indícios suficientes para que o Ministério Público promova a respectiva medida judicial, ou seja, deduza em juízo a pretensão punitiva. Entretanto, a maneira posta à disposição das autoridades em nada se assemelha ao atual Código de Processo Penal brasileiro.

Como se viu, há duas fases procedimentais no Código português: uma preparatória e a outra de julgamento. Esta distinção é visível quando do exame da Parte II, os Livros VI e VII:

A distinção entre fase preparatória e fase de julgamento envolve uma outra, que nela está pressuposta: a distinção entre juízo de certeza e de probabilidade. Para o final da fase de julgamento está reservado o juízo de certeza. Ela visa alcançar a prova dos factos alegados em juízo. No final da fase preparatória o juízo a formular é de probabilidade de futura condenação. Como salienta Cavaleiro de Ferreira, ‘a prova de julgamento não é a prova para a acusação e tem alicerces numa certeza, e não numa probabilidade’. Assim, os indícios qualificam-se de suficientes quando justificam a realização de um julgamento; e isso acontece quando a condenação for provável (SILVEIRA, 2003, p. 4).

Para compreender a expressão “indícios suficientes”, o intérprete deve se voltar para o Código de Processo Penal português, alínea e do n° 1 do artigo 1°, e artigos 171°, 174° e 200° a 202°, como conjunto de provas já recolhidas no processo, consideradas suficientes para a formação do convencimento do magistrado e que possibilitem provável condenação do acusado. Jorge Noronha e Silveira (2003, p. 5) ensina, ainda, que

[...] para o qualificativo suficientes existe, como já se referiu, a definição legal constante do n° 2 do artigo 283°, a qual relaciona a suficiência dos indícios com uma possibilidade razoável de condenação em julgamento. A avaliação da suficiência exige, assim, um juízo prognóstico sobre a possibilidade de condenação no final da fase de julgamento. O que pressupõe um raciocínio de conjugação entre todos os indícios, por forma a fundamentar esse juízo de prognose. Esta definição, porém, continua a não ser esclarecedora. O que significa uma possibilidade razoável de condenação? Qual o grau de probabilidade que este conceito comporta?

Ao lado dessa dupla estrutura, ressalta-se a preocupação do legislador português em evitar a submissão desnecessária ao processo, por parte do cidadão inocente, a fim de não incorrer no risco de esse cidadão ter ceifado os seus direitos fundamentais. Tanto o é que, na simples condição de argüido ou de acusado, os direitos básicos são respeitados, seja ao longo da fase preparatória, seja na acusatória. Em arremate, cita-se a seguinte lição:

Esta especial estruturação do processo penal encontra a sua razão de ser na particular gravidade das conseqüências que podem advir da simples submissão de uma pessoa a julgamento penal. Mesmo que essa pessoa não venha a ser condenada, ela sofrerá inevitavelmente fortes prejuízos para o seu nome e reputação pelo simples facto de ‘ter de se sentar no banco dos réus’. Na verdade, e para além da possibilidade de se lhe continuar a aplicar eventuais medidas de coação e de garantia patrimonial, que podem restringir de forma substancial os seus direitos fundamentais, é irrecusável o efeito sociológico estigmatizante resultante do conhecimento público de uma pessoa que vai ser julgada em processo penal (SILVEIRA, 2003, p. 3).

O processo se inicia quando o Ministério Público adquire a notícia do crime, na forma prevista no Código de Processo Penal português:

Artigo 241º

(Aquisição da notícia do crime)

O Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia, nos termos dos artigos seguintes.

[...]

Artigo 263º

(Direção do inquérito)

1. A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de política criminal.
2. Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional (PORTUGAL, 1996).

Embora, perceba-se a vinculação do Ministério Público com a condução do inquérito policial, não se descaracteriza o fato de que o juiz da instrução reúne poderes para praticar atos considerados urgentes e importantes que se situam fora das atribuições reservadas aos magistrados que integram o Ministério Público. É o que lhe confere o Código do Processo Penal português:

Artigo 268º

(Actos a praticar pelo juiz de instrução)

1. Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz da instrução:
 - a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de argüido detido;
 - b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196º, pode ser aplicada pelo Ministério Público;
 - c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos dos artigos 177º, nº 3; 180º, nº 1, e 181º;
 - d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179º, nº 3;
 - e) Declarar a perda em favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277º, 280º;
 - f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz da instrução (PORTUGAL, 1996).

O Ministério Público, como aquele que deduz a pretensão punitiva, é considerado o *dominus* da fase de inquérito, e o encerra dentro dos prazos abstratamente previstos, em função da gravidade do crime investigado e do argüido se encontrar ou não premido de sua liberdade.

Artigo 276º

(Prazos de duração máxima do inquérito)

1. O Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo a acusação, nos prazos máximos de seis meses, se houver argüido preso ou sob obrigação de permanência na habitação, ou de oito meses, se os não houver.
2. O prazo de seis meses referido no número anterior é elevado para oito meses

quando o inquérito policial tiver por objeto um dos crimes no art. 209º, e para doze meses, nos casos referidos no artigo 215º, nº 3.

3. Para efeito do dispositivo nos números anteriores, o prazo conta-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição do argüido.

4. Sempre que tiver conhecimento de que os prazos referidos no número anterior foram excedidos, o procurador-geral da República pode mandar avocar o inquérito e procede de acordo com o disposto no artigo 109º (PORTUGAL, 1996).

O prazo de seis meses apresentado para conclusão do inquérito preliminar, *prima facie*, pode apresentar-se como descabido e protelatório, entretanto, a experiência em Portugal demonstrou o oposto, no sentido de que os prazos anteriores não eram respeitados e cumpridos. Dessa maneira, a nova legislação dilatou os prazos para que fossem observados:

De notar o significativo aumento de prazos relativamente aos do inquérito preliminar, e mesmo da instrução preparatória do direito anterior. É que os prazos do direito anterior eram irrealistas e houve o intuito de fixar prazos mais consentâneos com a realidade, para serem mesmo cumpridos. Também de notar que o prazo para o encerramento do inquérito se passou a contar, não a partir da notícia do crime e da abertura do processo como no regime que vigorava anteriormente, mas a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição de argüido (GONÇALVES, 1999, p. 531).

Argüido, no Código de Processo Penal português, é toda pessoa contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução em processo penal, conservando, essa a qualidade de sujeito processual e lhe assegurado o direito amplo de defesa. Constate-se a condição de argüido, quando:

- Correndo inquérito contra pessoa determinada, esta presta declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (cfr. Art. 58º, nº 1, al. a);
- Tenha de ser aplicada a qualquer pessoa medida de coacção ou garantia patrimonial (cfr. Art. 58º, nº 1, al. b);
- Um suspeito for detido, nos termos e para os efeitos dos arts. 254º a 261º (cfr. art. 58º, nº 1, al. c);
- For lavrado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado (cfr. art. 58º, nº 1, al. d);
- Surgir fundada suspeita da prática de um crime por pessoa, durante a inquirição feita a esta, que não é argüido (cfr. art. 59º, nº 1);
- A pedido da pessoa sobre a qual recair suspeita da prática de um crime, sempre que estiverem a ser efectuadas diligências destinadas a provar a imputação e que pessoalmente a afectem (cfr. art. 59º, nº 2) (PINTO, 2001, p. 92).

As eventuais omissões que porventura ocorram na colheita de declarações prestadas pelo argüido serão destituídas de valor legal. Assim, a partir do instante em que alguém é declarado argüido adquire direitos e deveres processuais.

Os principais direitos são:

1. estar presente aos atos processuais, em que sua presença seja imprescindível;
2. ser ouvido pessoalmente pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, sempre que esses definam medidas que possam afetar os seus interesses;
3. prestar informações relativas à sua identidade e ao seu endereço, caso seja alçado à condição de argüido;
4. deixar de responder a perguntas sobre fatos relacionados às suas declarações, quando elaboradas por qualquer entidade;
5. escolher defensor ou requerer que o Tribunal lhe nomeie um;
6. ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, se comunicar em reservado com o mesmo.

Os principais deveres resumem-se em:

1. comparecer aos atos;
2. não faltar com a verdade ao responder as perguntas relacionadas à sua identidade e aos seus antecedentes criminais²⁰;
3. prestar termo de identidade logo que assumir a qualidade de argüido.

Nos diversos instantes processuais em que o argüido comparece perante as autoridades, o direito que lhe assiste da assistência formal é indeclinável. Aliás, essa é uma das garantias previstas na Constituição portuguesa. É da livre escolha do argüido constituir defensor para defesa de seus interesses, nas etapas processuais em que esses forem postos à prova. Em não o fazendo, ocorrerá nomeação de defensor para assisti-lo. No entanto, a presença de defensor é obrigatória em algumas ocasiões, a saber:

- No primeiro interrogatório judicial do argüido detido;
- No debate instrutório, salvo tratando-se de processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento;
- Em qualquer acto processual, sempre que o argüido:
 - For surdo ou mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa;
 - Menor de 21 anos; ou
 - Se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída.

²⁰ Para a autora Tereza Beleza, em *Apontamento de Direito Processual Penal - Aulas Teóricas do 5º Ano*, turma de dia, 1991/1º semestre da AAFDL, 1992, p. 136-138, o argüido detido durante o seu interrogatório judicial e nos demais não pode faltar com a verdade em relação à sua identidade e aos seus antecedentes sob pena de incorrer em crime de desobediência.

- Nos recursos, ordinários ou extraordinários;
- Nos casos a que se referem os arts. 271º e 294º (declarações para a memória futura);
- Na audiência de julgamento realizada na ausência do argüido;
- Nos demais casos que a lei determinar (PINTO, 2001, p. 98).

De todo o exposto, percebe-se que o Código de Processo Penal português, sem dúvida alguma, adotou o sistema acusatório na sua inteireza, incorporando-o ao modelo de um Estado Democrático de Direito, cumprindo rigidamente o mandamento constitucional para preservar a liberdade do cidadão inocente, seja na fase preparatória ou na de julgamento, e evitar sua submissão ao processo de forma desnecessária e gravosa. De outro extremo, encontra-se a legislação processual brasileira que insiste em desconsiderar a atual Constituição Federal, adotando o modelo sugerido pelo Estado Novo e desrespeitando o cidadão, considerando-o previamente culpado quando da instauração de procedimentos processuais penais.²¹

5.2 O Código de Processo Penal Italiano

No período anterior à vigência do Código de 1988, a Itália convivia com a legislação facista editada por Mussolini, em 1930. Era o chamado Código de “Rocco”, ou “Código de Mármore”. Algumas modificações foram introduzidas no código de 1930, sendo as de maior abrangência as da Lei nº 517, de 18 de junho de 1955. Ao final de sua existência, o “Código de Mármore” apresentava-se como um amontoado informe de legislações, o que dificultava sua instrumentalidade por parte dos operadores do Direito. Apesar das sucessivas modificações, é interessante registrar que essa antiga legislação não se desvencilhou da sua principal característica: o autoritarismo.

Em 1963, Carnelutti apresentou Projeto de Código de Processo Penal, em que propunha a extinção do sistema inquisitorial. Nesse projeto, estabelecia-se clara delimitação de uma fase preliminar, denominada “inquirição do Ministério Público”. Permitia-se que o Ministério Público atuasse, não somente no processo, mas também na fase pré-processual,

²¹ Recentemente, em 25 de julho de 2006, o Ministério da Justiça encaminhou ao Parlamento Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, no qual se destaca a proximidade do processo penal com a constituição portuguesa, a fim de adequá-lo, em especial, às medidas restritivas estabelecidas no combate à alta criminalidade e ao terrorismo. O argüido continua exercendo os seus direitos na fase de investigação e na fase processual, obrigatória a defesa técnica. Foram alterados 181 artigos, com ênfase na parte relativa aos sujeitos processuais, atos, prova, medidas coativas de âmbito processual, medidas de proteção às vítimas e recursos.

sem o caráter do valor probante do denominado Juizado de Instrução, que findou com o advento do novo código. Era notório o desejo de Carnelutti em mudar, radicalmente, o modelo processual italiano.

Em 1974, foi promulgada a Lei Delegada. Em seu art. 2º, prescrevia que o “Código de Processo Penal deveria ter características exclusivas do sistema acusatório”. Iniciava-se, assim, profundas mudanças na legislação processual penal italiana. A Lei Delegada de 1987, também no art.2º, repetiu a adoção do sistema acusatório nas duas etapas procedimentais, estrutura que permanece no atual Código de Processo Penal italiano. Dez anos depois, outra Lei Delegada, a 81 de 1997, com base na atual Constituição Federal Italiana, definiu a adoção do sistema acusatório no processo penal.

Nesse período, digna de nota é a tentativa de mudança da legislação processual, em 1976, articulada pelo projeto elaborado por Pisapia. Esse jurista foi convidado pelo Ministro da Graça e da Justiça para presidir comissão com o fim de promover a mudança do Código de Processo Penal. O projeto alcançou notoriedade na Itália, por refletir os mais lídimos anseios da sociedade italiana à época, além de ser apoiado pelo Parlamento. Dentre os méritos da Comissão de Pisapia, destaca-se a proposta de rever a produção de provas e considerar a prova válida quando respeita a participação das partes. Relevantes também outras inovações, como:

1. abolição do Juizado de Instrução, para permitir amplo debate das provas;
2. entrega das medidas cautelares à Magistratura Judicante e ao Ministério Público;
3. adoção de estágio pré-processual existente, ainda, por ocasião das investigações (procedimento) e de estágio processual, se efetivado o oferecimento de denúncia (processo);
4. criação do juízo reto ou abreviado no caso de confissão do imputado e, a pedido desse, o Magistrado abreviar o procedimento. Nesse tipo de procedimento há acordo entre o Ministério Público e o defensor do imputado, no sentido de acordarem a respeito da penalidade a ser imposta ao réu.

Em julho de 1988, as comissões parlamentares aprovaram o novo Código de Processo Penal italiano. O atual código tem 11 livros, agrupados em duas partes. A primeira refere-se aos sujeitos processuais, atos, provas e medidas cautelares (livros I a IV); a segunda (livros V a XI), relaciona-se com o andamento do processo.

O processo penal italiano é do tipo acusatório misto, caracterizado pela oralidade e pela publicidade. Não é precedido de instrução, propriamente dita, pois o acusador recolhe, por sua conta, os elementos de acusação que depois levará ao processo. Essa é a fase denominada fase de investigação ou preliminar. Segundo Ângelo Jannone (2005, p. 66),

membro licenciado da Polícia Judiciária italiana, a fase preliminar define-se “[...] pelo procedimento investigativo, pelo sigilo (salvo exceções), pela forma escrita e pela função principal do Ministério Público (chamado também para instaurar a ação penal)”.

Na primeira etapa prevalece o processo inquisitório. Caracteriza-se, nessa fase, pela concentração das diversas funções - acusação, defesa e julgamento - em um único sujeito, que assume as vestes de juiz-acusador, isto é, de inquisidor. Esse procedimento é essencialmente escrito e secreto e lhe falta qualquer contraditório, dada a falta de contraposição das partes fundamentais (acusação e defesa), o que se considera inadmissível.

[...] o sistema utilizado pelo antigo Código de Processo Penal italiano, com as modificações posteriores à sua entrada em vigor, representa perfeitamente a existência do primeiro caso [inquisitório]. É um sistema tendencialmente inquisitório, mas com respeito às garantias do cidadão. Este sistema prevê a existência de duas fases distintas. Na primeira, a chamada fase de instrução ou instrutória, são recolhidos os elementos de prova que servirão de base para o que ocorrerá em juízo e em uma segunda fase, dita de ‘guidizio’ ou juízo, cuja parte essencial é o debate entre as partes, que culmina com a decisão do juiz. A fase instrutória é normalmente precedida de uma instrução preliminar, que é confiada à Polícia Judiciária ou conduzida pelo próprio Ministério Público. No antigo processo penal da Itália a fase instrutória era essencialmente secreta e escrita, enquanto a fase judicial era pública e oral. Verifica-se, desta forma, a existência, neste momento, de um sistema misto, sendo de relevar-se que, enquanto na fase instrutória (secreta e oral) a lei posterior atenuou estes elementos, na fase judicial há possibilidades de o juiz, por si próprio, determinar a produção de provas [...] (BUONO; BENTIVOGLIA, 1991, p. 30-31).

Aboliu-se a subordinação da Polícia Judiciária ao Procurador Geral de Justiça, revogando-se o art. 220, do antigo Código de Processo. Tal revogação foi motivo de severas críticas, em especial, da Magistratura judicante.

Processualmente, no entanto, a polícia peninsular continua subordinada aos Magistrados do Ministério Público, pois este pode requisitar-lhe qualquer providência, desde que necessária ao cumprimento de suas funções e atos (a lei delegada que ultimou o novo código restabelece parâmetros da autonomia dos Magistrados do Ministério Público, e diz textualmente no art. 68 da Lei 81/87): que nas audiências o Ministério Público exercita suas funções com plena autonomia (BUONO; BENTIVOGLIA, 1991, p. 34).

Há, portanto, no processo penal italiano subordinação da Polícia Judiciária ao Ministério Público como forma de acelerar o conhecimento da notícia do crime e a formação da opinião do membro do Ministério Público, com foco nas medidas a serem tomadas:

Acerca da relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária, sob o perfil normativo, o Código se predeterminava no seu surgimento, e com base no princípio constitucional do art. 109 (A autoridade judiciária dispõe diretamente da polícia judiciária), a centralizar tudo sob a administração do Ministério Público, vinculando

excessivamente à instituição a polícia judiciária com norma e relativas interpretações bastante específicas (JANNONE, 2005, p. 66).

Frisa-se, nesse particular, que há respaldo no Código de Processo Penal italiano em função do próprio modelo processual adotado, no qual a polícia judiciária é obrigada a investigar conforme a orientação traçada pelos magistrados do Ministério Público. É o que se infere da leitura do Código italiano, em especial dos números 327 e 330:

327 - Direção das investigações preliminares - 1. O ministério público conduz as investigações e dispõe diretamente da polícia judiciária [Const. 109; 58] [...]

[...]

330. Aquisição da notícia do crime. 1. O ministério público [51] e a polícia judiciária [55ss] tomam conhecimento da notícia do crime de própria iniciativa e tomam as demais providências previstas nos artigos seguintes [art. 109, 127] (ITÁLIA, 1997).²²

O procedimento em nada lembra o das polícias judiciárias brasileiras, ainda mais, hoje, quando essas insistem em manter afastado o controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público e propalam abertamente à opinião pública que os membros do Ministério Público Federal e Estadual estariam empenhados em assumir a condução da própria investigação policial e desprofissionalizar a polícia judiciária. Considera-se que tais denúncias são, no mínimo, infundadas, e, mesmo, levianas na medida em que em nada contribuem para a revisão e o aprimoramento do sistema processual pátrio. Como já dito, não há o que se esperar de um sistema investigatório sem controle e no qual a colheita da prova não se ajusta ao lema do devido processo legal.

Retornando ao processo penal italiano, como aludido alhures, o sistema acusatório é a marca da nova legislação processual. Reservou-se ao Ministério Público o papel de sujeito processual. A lei italiana criou novo órgão, o juiz das investigações preliminares, com incumbências, dentre outras, de controlar as operações do órgão de acusação e conduzir a audiência preliminar para averiguar se estão presentes os fundamentos da mesma:

Se a fase pré-processual, anterior ao processo em juízo, é relevada à categoria de ‘incidentes probatórios’, sendo instaurado a pedido do Ministério Público ou a pedido da defesa (art. 390 do Código de Processo Penal Italiano) e as partes devem requer a admissão dessas provas na audiência preliminar (art. 419 do Código de Processo Penal Italiano), nos debates, findas as exposições improdutivas (art. 487,

²² Minha tradução de: “**327. Direzione delle indagini preliminari.** - Il pubblico ministero dirige lê indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria [Cost. 109;58]. **330. Acquisizione delle notizie di reato.** 1. Il pubblico ministero [51] e la polizia giudiziaria [55 ss] prendono notizia del reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o transmesse a norma degli articoli seguenti [art. 109, 127]”.

Cód. menc.) as partes devem pedir a produção de provas complementares, podendo, agora, perguntar, diretamente às testemunhas, peritos e às chamadas partes privadas (arts. 492 e 493 do Cód. menc.). Ao juiz é atribuído um poder supletivo e residual de iniciativa instrutória, apenas nos debates (art. 499 e 500 do CPPI), enquanto, na fase das investigações preliminares, é vedada qualquer interferência do juiz, sendo a ‘aquisição probatória’ procedimento e direcionamento exclusivos das partes das partes (acusação e defesa) (BUONO; BENTIVOGLIA, 1991, p. 38).

Uma fase específica dentro do processo é a denominada debate público. Essa fase proporciona a averiguação da prova trazida pelas investigações preliminares com as requeridas pelas partes em juízo. É feito um exame de todas as provas a fim de se analisar a viabilidade da acusação:

Debate público, no qual as provas máximas (documentais, orais e técnicas) se formam *ex novo no contadditorio delle parti* (contraditório das partes) e exame cruzado, exceto as que permitam a formação de algumas delas na fase das investigações preliminares por instrumento denominado de ‘incidente probatório’, instrumento que pode ser comparado, no Brasil, às medidas cautelares, como, por exemplo, podemos citar as interceptações telefônicas após a perícia, outro gênero de avaliação técnica não repetível, depoimento efetuado com o exame entrecruzado em incidente probatório etc, ou por meio de rogatórios internacionais (pelas partes cabíveis) (JANNONE, 2005, p. 66).

Como se apresentou, o Código de Processo Penal italiano adotou sistema acusatório misto com duas fases. Na primeira, é possível constatar a instrução como procedimento essencialmente escrito e sigiloso, conduzido por um órgão que assume as funções de acusador e julgador, em que não são permitidos a ampla defesa e o contraditório ao investigado. Porém, com a modificação do art. 327 bis, isto se tornou possível.

No entanto, verificou-se que o Código de Processo Penal italiano resguarda as garantias do cidadão. Na fase posterior, ao ser assumida como procedente a demonstração da existência de provas suficientes para a propositura da ação penal, o processo é iniciado assegurando-se o devido processo legal ao acusado. Há ligeira semelhança do sistema adotado no Brasil com o italiano na adoção de uma fase investigatória. Entretanto, a similaridade se encerra aí, e não se pode ir além, pois mesmo nessa fase os direitos fundamentais do cidadão, na Itália, são respeitados, o que não acontece efetivamente no Brasil.

5.3 A legislação espanhola

A modificação da legislação espanhola, datada de 15 de setembro de 1870, era, já, demanda antiga e necessária, principalmente em função da participação da Espanha em vários

tratados e convenções internacionais voltados à proteção dos direitos humanos e das garantias fundamentais. A mudança da legislação, essa há muito aguardada pela comunidade jurídica espanhola e concretizada na forma das Leis Orgânicas nº 7, de 28 de dezembro de 1988, e nº 10, de 30 de abril de 1992, modificou, substancialmente, a antiga Lei de Instrução Criminal de 1870. Aliás, é o que se verifica no preâmbulo da Lei de 1988, em que se lê:

A Constituição Espanhola e as convenções internacionais em matéria de direitos humanos subscritos pela Espanha reconhecem, com o caráter de fundamental, o direito a um juízo público com todas as garantias, entre as quais figura o direito a um juiz imparcial. O Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm considerado que a imparcialidade do julgador é incompatível ou fica comprometida com sua atuação como instrutor da causa penal. A presente Lei Orgânica pretende adequar a nossa organização judicial na ordem penal da exigência mencionada, mediante a introdução de uma nova classe de órgãos unipessoais: os juzgados de penal. Tais juzgados terão âmbito providencial, se bem que poderão ter uma jurisdição inferior quando o volume de assuntos assim o justifique. Ao juzgado penal se atribui o conhecimento das causas e delitos apenados com penas até seis anos de privação de liberdade, mantendo-se a instrução das diligências prévias das ditas causas nos Juzgados de Instrucción. No intuito de corrigir os defeitos que atualmente se opõem ao eficaz funcionamento do processo penal, as reformas que se introduzem são não somente orgânicas. Em efeito, se amoldam várias medidas tendentes a lograr, no âmbito do processo penal, maior simplicidade e proteção das garantias do acusado. (ESPAÑA, 1988).²³

Com vistas a aprimorar a legislação de 1988, a exposição de motivos da Lei Orgânica de outubro de 1992 registra que conservou as bases do processo como essencialmente acusatório e voltado para a preservação dos direitos fundamentais do cidadão, face ao despertar da consciência do respeito aos direitos humanos e do cidadão:

A tomada de consciência por nossos cidadãos de seus direitos democráticos acarretou progressivo aumento de litigiosidade. Em resposta a esta demanda, defende-se a necessidade de modernização de nossas normas processuais. Uma reforma global do ordenamento processual é tarefa à qual se deve dedicar sem precipitação, ponderando quantos e quais elementos confluem nos distintos processos, com o intuito de alcançar resultado que apresente a desejada

²³ Minha tradução de: “La Constitución y los Convênios internacionales em materia de derechos subscritos por Espana reconocen, con el carácter fundamental, el derecho a un juicio con todas las garantias, entre las cuales figura el derecho um Juez imparcial. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialid del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación de la causa penal. La presente Ley Orgânica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introdución de una nueva clase de órganos unipersonales los Juzgados de lo Penal. Tales Juzgados tendrán ámbito providencial, si bien podrán tener una jurisdicción inferior cuando el volume de asuntos así lo justifique. Al Juzgador de lo Penal se atribuye de la causas por delitos castigados con pena de hasta seis años de privación de libertad de las diligencias previas de dichas causas en los Juzgados de Instrucción. En la línea de corrigir los defectos que actualmente se oponen al eficaz funcionamiento del proceso penal, la reformas que se introducen no son solamente orgânicas. Em afecto, se adaptan una serie de medidas tendentes em el seno del proceso penal una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantias del inculpado”.

funcionalidade [...] Na ordem penal se introduzem relevantes, ainda que ligeiras, reformas no procedimento sumário, introduzido pela Lei Orgânica de 7/1988, que funciona, até a presente data, de forma satisfatória, segundo consenso da maior parte dos operadores jurídicos (ESPANHA, 1992).²⁴

O processo penal espanhol apresenta intrincada divisão que, *prima facie*, não é de fácil manuseio por parte do operador jurídico, como se aduz da leitura a seguir:

1. O ordenamento jurídico espanhol não contempla um único processo penal para o processamento de todas as condutas ilícitas. Antes, pelo contrário, nosso sistema jurídico é muito complexo e seu estudo requer minuciosa sistematização.
2. Se percorrermos o índice da Lei Processual Criminal, encontraremos, em primeiro lugar, um processo por delitos, sem nenhuma qualificação específica (que denominamos processo por delitos graves), ao qual se refere à Lei nos livros II e III. O livro IV, dos Procedimientos Especiales, reúne sob a rubrica: ‘o modo de proceder quando for processado um Senador ou Deputado a Corte’, o ‘procedimento abreviado para determinados delitos’, o ‘procedimento por delitos de injúria e calúnia contra particulares’, o ‘procedimento por delitos cometidos por meio de imprensa, o grau ou meio mecânico de publicações’, o ‘procedimento para extradição’, e o procedimento contra réus ausentes. Finalmente, o livro VI se ocupa do procedimento para o juízo de culpa leve (SANTOS et al., 2002, p. 299-300).²⁵

Segundo a doutrina majoritária espanhola, o critério a ser adotado não é puramente científico, mas, antes, prático, devido à diversidade dos procedimentos existentes na lei. Consentem os juristas, por tal razão, que se deve partir do particular para o geral, como forma segura de individualizar os procedimentos:

Nosso interesse na classificação dos processos penais não obedece a um plano teórico carente de transcendência prática. Antes, ao contrário, conhecer a natureza jurídica do processo é fundamental para determinar sua aplicabilidade em um caso

²⁴ Minha tradução de: “La tomada de consciencia por nuestra ciudadanía de sus derechos democraticos produce un progresivo aumento de la litigiosidad. En respuesta a esta demanda se viene plantaneando la necesidad de modernización de nuestra normas procesuales. Una reforma global del ordenamiento procesal es tarca que debe acometerse sin principitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en los distintos procesos,, al objeto de conseguir un resultado que revista la descada funcionalidad. En el orden penal se introducen relevantes, aunque escuestas reformas en el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgânica 7/1988; que viene funcionado hasta el presente de forma satisfatória, según la opinión comum de la mayor parte de los operadores jurídicos”.

²⁵ Minha Tradução de: “El ordenamiento español no contempla un único proceso penal para el enjuiciamiento de todas las conductas ilícitas. Antes al contrario, nuestro sistema juridico es muy complejo y su estudio requiere una minuciosa sistematización. 1. Si repasamos el índice de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontramos en primer lugar, un proceso por delitos, sin ninguna calificación específica (que viemos denominado proceso por delitos graves), al que se refiere en los libros II y III. El libro IV, de los ‘Procedimientos especiales’, reúne bajo esa rubrica ‘el modo de proceder cuando fuese procesado un Senador o Deputado a Cortes, el procedimiento abreviado para determinados delitos, el procedimiento por delitos de injuria u calunia contra particulares, el procedimiento por delitos cometidos por meido de la imprensa, el grado u outro médio mecânico de publicación, y el procedimiento contra reos ausentes. Finalmente, el libro VI se ocupa del procedimiento para el juicio de faltas leve”.

concreto. A regra básica responde ao princípio, segundo o qual, o particular prevalece sobre o geral. Tal, pois, se aplicará, com preferência aos processos que contemplam alguma particularidade em relação aos ordinários (SANTOS et al., 2002, p. 303).²⁶

São cinco as fases do procedimento processual penal espanhol, em geral: 1) instrução preliminar; 2) fase intermediária ou probatória; 3) fase de decisão; 4) fase recursal ou de impugnação da sentença; e 5) execução da sentença.

A fase de instrução preliminar se assemelha, em parte, ao inquérito policial brasileiro, iniciando com o conhecimento da *notitia criminis*. Porém, assegura-se ao investigado direito à plena defesa a partir do conhecimento do fato e da possibilidade de requerer produção de provas. Percebe-se que há concentração de poderes na alçada do magistrado, o qual, praticamente, assume a função de investigador à procura de provas.

O conceito da segunda etapa, fase intermediária ou probatória, é apresentado por Andrés de la Oliva Santos et al. (2002, p. 306-307):

11- A notícia do crime desencadeia imediata resposta estatal: é preciso evitar que desapareçam as provas do delito e que o responsável pelos fatos impeça a ação da Justiça. Mas, assim, como disse HELIE, trata-se de evitar o perigo da demora, assim como há o perigo da precipitação e seja submetido um sujeito a um juízo público em virtude de uma acusação carente de fundamento. Assim, pois, a instrução preliminar (no sucessivo, instrução) não tem um único conteúdo. Serve, em efeito, para preparar a instrução - através da incorporação ao expediente dos dados precisos para formular a acusação e a defesa - mas, opera como uma barreira que impede a celebração de julgamentos improcedentes. Esta dupla possibilidade revela a complexidade e heterogeneidade das atuações sumárias a que se refere o artigo 299 LECr., segundo o qual, 'constitui o sumário as atuações encaminhadas a preparar o processo e praticadas para averiguar e fazer constar à perpetração dos delitos com todas as circunstâncias que podem influir em sua qualificação e a culpabilidade dos delinquentes, assegurando suas pessoas e responsabilidade dos mesmos'. Atualmente, o encerramento da 'instrução' tem significado genérico, empregado para designar esta fase preliminar qualquer que seja o processo penal de que se trate. 'Sumário' é o nome que recebe a instrução no processo por delitos graves e nos

²⁶ Minha tradução de: "Nuestro interes en la clasificación de los procesos no obedece a un prurito teorista carente de transcendencia practica. Antes al contrario, conocer la naturaleza jurídica de um proceso es fundamental para determinar su aplicabilidad en un caso concreto. La regla basica responde al principio según el cual 'lo prima sobre o general'. Así pues, se aplicarán con preferéncia los procesos que contemplan alguna especialidad sobre los ordinários".

processos especiais que tramitam conforme o seu procedimento. No procedimento simplificado, a instrução é denominada como ‘diligências prévias’.²⁷

Além disso, o regime jurídico da instrução se configura, como também ocorre com toda a fase processual, em três elementos básicos: “os sujeitos que intervêm, o objeto sobre o qual se versa e os atos que compõem seu procedimento, cujo singular regime jurídico, diversamente estudado em outros lugares em outros lugares desta obra, merece ser recapitulado” (SANTOS et al., 2002, p. 307).²⁸

Já, a natureza jurídica da instrução preliminar prevê três elementos: jurisdicionalidade; obrigatoriedade e sumariedade. A primeira diz respeito ao caráter dessa fase processual, como instrução e não mera investigação criminal. A obrigatoriedade consiste na necessidade de verificar a existência do fato, colher a prova para evitar o seu perecimento, impedir persecuções desnecessária e possibilitar a preparação de defesa prévia por parte do acusado. A sumariedade enfoca a necessidade de se adotar rito sumário para apurar os crimes de maior gravidade, os quais, naturalmente, se submetem à apuração através desse procedimento, e que devem se encerrar no máximo em um mês.

Do exposto, pode-se, averiguar que os procedimentos utilizados pela Lei Processual Penal espanhola têm a preocupação de evitar que, durante a fase pré-processual, o investigado não tenha acesso às provas colhidas contra ele e participe, efetivamente, da produção de provas, a fim de afastar a incidência de um processo propriamente dito, se for possível. Nesses aspectos, a Lei Processual Penal espanhola pouco ou nada evoca a forma e a condução do inquérito policial previsto na legislação brasileira.

²⁷ Minha tradução de: “11 - La notitia criminis desencadena una inmediata repuesta estatal: es preciso evitar que desaparezan las hellas dellas del delito, que el responsable de los hechos eluda de la justicia; pero si, como dice HÉLIE, se trata de evitar el peligro del retardo, también se há de evitar el peligro de la precipitación y sea cometido a juicio público un sujeto en virtud de una acusación carente de fundamento. Así pues, la instrucción preliminar (en lo sucesivo, instrucción) no tiene un único cometido. Sirve, efecto, para preparar el juicio através de la incorporación al expediente de los datos precisos para formular la acusación y la defensa - pero, además, opera como un timiz que impede la celebración de juicios improcedentes. Esta doble posibilidad revela la complejidad de las actuaciones sumariales a que se refiere el artículo 299 L.E.Cr., según el cual ‘constituen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar al juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniárias de los mismos’. Actualmente, el termino ‘instrucción tiene un significado genérico empleado para designar esta fase preliminar cualquiera que sea el proceso penal que se trate’. Sumario es el nombre que recibe la instrucción en el proceso por delitos graves y en los procesos especiales que se tramitan conforme a su procedimiento. En el procedimiento abreviado la instrucción se denomina ‘diligencia previa’”.

²⁸ Minha Tradução de: “La instrucción se configure, como toda fase procesal, por tres elementos basicos, los sujetos itervién, el objeto sonre el que versa y los actos que componen su procedimiento, cuyo singular régimen jurídico, dispoersamente estudiado en otros lugares de la obra, merece sier recapitulado”.

A reforma do processo penal espanhol, através das Leis 38/2002 e 9/2002, merece destaque nessa investigação. Esse conjunto de Leis introduziu mudanças substanciais no processo abreviado; juízo rápido (sumário) e prisão provisória, como se percebe, a seguir:

[...] A reforma de 2002, constitui a modificação mais substancial do sistema processual penal espanhol. Se tem dito, com razão, que seu âmbito objetivo de aplicação constitui mais de setenta por cento da criminalidade e as estatísticas parecem confirmar tal apreciação. Justo um ano mais tarde, em 24 de outubro de 2003, se publica a Lei 13/2003, de 24 de outubro, de reforma da Lei Processual Penal (LECrim.) em matéria de prisão provisória encerrando o ciclo desta nova ordenação, certamente fruto de reformas parciais, mas não de menor importância [...]. (DEU, 2006, p. 180).²⁹

O processo penal adota sistema, como já dito, confuso, pois em relação a vários delitos utiliza procedimento ordinário e especial e para os crimes culposos ou leves existe um procedimento especial. A nova legislação introduziu modificações para o processamento dos delitos menores ao definir o processo abreviado e um juizado para instrução e julgamento dos delitos leves e culposos.³⁰

A partir do estudo das etapas comuns aos vários ritos processuais espanhóis, a reforma revisou e introduziu modificação nas chamadas fases comuns aos procedimentos: instrução, intermediária e oral. É o que se pode verificar no texto que se segue:

[...] a partir de uma estrutura básica comum a todos os processos por delitos e que divide o juízo em três fases: instrução, fase intermediária (juízo de acusação) e juízo oral, as tendências mais recentes incidem no processo, tanto em sua etapa anterior, encomendando determinadas atuações à polícia judicial, como por detrás, consagrando a existência de recursos, como manifestação do direito a uma segunda revisão do caso, se bem que, certamente limitada em seu objeto, é dizer sem que

²⁹ Minha tradução de: “La reforma de 2002, constituye la modificación más sustancial del sistema procesal penal español. Se há dicho, con razón, que su ámbito objetivo de aplicación constituye más del setenta por ciento de la criminalidad y las estadísticas parecen confirmar dicha apreciación. Justo um año más tarde, el 24 de octubre de 2003, se publica la Ley 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en materia de prisión provisional cerrando el ciclo de esta nueva ordenación ciertamente fruto de las reformas parciales, pero no ello de menor llamado [...]”.

³⁰ Segundo Teresa Armenta Deu (2006), no artigo já mencionado, o processo ordinário compreende a apuração dos chamados delitos graves cujas penas são iguais ou superiores a nove anos de reclusão. O procedimento abreviado corresponderia ao procedimento sumário existente no Código de Processo Penal brasileiro, e é incumbido de processar os delitos cujas penas sejam ou inferiores a nove anos, cumulativa ou alternativamente.

constitua um modo algum um *ius novorum*. O juízo de crimes leves ou culposos, excepcionalmente, não contempla fase instrutória [...]. (DEU, 2006, p. 182).³¹

O novo procedimento abreviado destina-se a punir os crimes apenados com penas privativas de liberdade não superiores a nove anos, não importando a natureza da pena, computadas isolada ou cumulativamente, conforme o art. 757 da Lei Processual Criminal (LECrIm). Visando à agilização desse rito, a polícia poderá realizar a citação e algumas perícias. Em todo caso, é necessário cumprir as exigências do art. 772, da Lei Processual Criminal (LECrIm), ou seja, é necessário informar a vítima o seu direito à assistência jurídica gratuita, a fim de possibilitar ao Ministério Fiscal exercer o direito de ação civil derivada da prática do delito. Também, deve-se informar ao imputado os seus direitos, dentre os quais o de permanecer em silêncio quando de seu comparecimento perante as autoridades nessa fase.

Outra modificação se estende ao procedimento especial previsto no art.795, da Lei Processual Criminal (LECrIm), por ocasião da prisão em flagrante³², momento em que o preso encontra-se sob a responsabilidade da polícia judiciária e à disposição do Juiz de Custódia:

[...] Uma vez na presença do juiz de custódia, o art. 775 da LECrIm contempla a necessidade de que, na primeira declaração, se informe sobre a condição do imputado e os fatos que se lhe atribuem. Ademais, o Secretário deve reiterar seus direitos, assim como solicitar sua identificação e dados para localização, advertindo-o dos efeitos da notificação de modo que à possibilidade de celebrar o juízo na sua ausência, suposto excepcional que a Lei ampliou para dois anos (art. 786, II LECrIm). Posteriormente, ainda a risco de reiteração e que se repiete o oferecimento de ações que realizou a polícia (art. 776, LECrIm). (DEU, 2006, p. 183).³³

Tendo sido encerrado o procedimento rápido, o Juiz da Custódia ouvirá o Ministério

³¹ Minha tradução de: “[...] A partir de una estructura básica, común a todos los procesos por delito y que divide el juicio em tres fases: instrucción, fase intermedia (juicio de acusación) y juicio oral las tendencias más recientes inciden en el proceso, tanto en su etapa anterior, encomendando determinadas actuaciones a la policía judicial, como por detrás, consagrando la existencia de recursos, como manifestación del derecho a una segunda revisión del caso, si bien ciertamente limitada en su objeto, es decir sin que constituya en modo alguno un *ius novarum*. El juicio de faltas, excepcionalmente, no contempla fase instructora [...]”.

³² As legislações processuais continentais, em geral, reservam à prisão em flagrante procedimento especial e sumário, como por exemplo em Portugal, o Código de Processo Penal, no seu artigo 391. Na Itália há o juízo direto (arts. 449 a 452), eliminando-se a fase intermediária e passando à de julgamento (oral). Na Alemanha, nos crimes apenados até um ano (*Absprache*), por ocasião da prisão em flagrante, adota-se procedimento simplificado para assegurar julgamento rápido ao caso.

³³ Minha tradução de “[...] Una vez en presencia del juez de guardia, et art. 775 LECrIm contempla la necesidad de que en la primera declaración se informe sobre la condición de imputado y los hechos que se le atribuyem. Además, el Secretario debe haberle reiterado sus derechos, así como solicitado su identificación y datos para su localización, adviméndole de los efectos de la notificación em cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, supuesto excepcional que la ley ampliado a 2 años (art. 786, I, II LECrIm. Posteriormente, aún a riesgo de reiteración, se repite el ofrecimiento de acciones que realizo la policía (art. 776 LECrIm) [...]”.

Fiscal e as partes envolvidas para se pronunciar a respeito da abertura do juízo oral, assim como da adoção das medidas cautelares que se fizerem necessárias.

Os principais aspectos da reforma são o reforço ao direito de defesa e atenção à vítima e a adoção do princípio do consenso ou *plea guilty*. A prisão provisória foi levemente alterada pela reforma. Na Lei Processual Penal espanhola, essa modalidade de prisão é cumprida em centro penitenciário, enquanto o processo está em andamento, e tem natureza cautelar, excepcional e instrumental, devendo ser aplicada de forma proporcional ou razoável aos crimes cujas penas sejam superiores a dois anos.

Os pressupostos subjetivo, objetivo e teleológico das medidas restritivas de liberdade podem, respectivamente, ser identificados, como se segue. Como pressuposto subjetivo se assume a comprovação da responsabilidade criminal do indigitado e a prova da existência do crime. Como pressuposto objetivo se entende a comprovação de um ou vários fatos de delitos apenados com penas acima de dois anos de prisão. E, como pressuposto teleológico, que os fins que se visam a atingir pela medida sejam constitucionalmente legítimos, em conformidade com o art. 17 da Constituição espanhola.

O prazo de duração da medida pode oscilar em até um ano, para os delitos cujas penas não ultrapassem três anos. Para os delitos acima de três anos, a medida poderá ser acrescida em até dois anos. A Lei Processual Penal espanhola criou a doutrina do chamado “prazo razoável”, em que as medidas restritivas de liberdade têm prazo máximo. A fixação do prazo mínimo fica a cargo da autoridade em vista do critério básico de não expor desnecessariamente a liberdade do cidadão inocente a medidas dessa natureza. Existe tradição inspirada nas Convenções e Pactos Humanitários em não decretar tais medidas, ao não ser em situações de extrema e comprovada necessidade.

O Direito Processual Penal espanhol evoluiu e muito a partir das reformas que procuraram adequá-lo à Convenção Européia que enfatiza a questão dos Direitos Humanos. As reformas recentes tiveram por objetivo imprimir celeridade ao processo que visa a apurar os crimes culposos e aqueles considerados leves cujas penas são inferiores a dois anos. O Sistema Processual Penal português serviu de inspiração ao espanhol, na medida em que o rito abreviado é quase uma cópia do procedimento sumário do atual Código de Processo Penal português, no qual se cuida de punir os crimes de bagatela. Além disso, não se pode deixar de salientar que a legislação francesa também influenciou na elaboração do atual texto que criou a legislação abreviada na Espanha. Sem dúvida, o procedimento abreviado lembra em muito o Juizado Especial Criminal instituído no Brasil em 1995, com as suas modificações.

5.4 A legislação francesa

A legislação francesa apresenta particularidades que a destacam das demais estudadas até aqui. Apesar de ser de inspiração romana, conservou vestígios do antigo processo medieval, do qual herdou a legislação antiga, de 1670, o juízo das ordálias, a ausência da oportunidade efetiva de defesa por parte do acusado e a ausência completa da presença do defensor. Como se pode inferir, são resquícios explícitos da presença de processo inquisitório.

Apesar do avanço proporcionado à legislação processual na época de Luís XIV, a magistratura ainda não havia se orientado definitivamente na busca de afirmação profissional. A presença do júri foi e continua sendo forte no processo penal francês, assim como a presença do “super-juiz”, incontestável nas duas fases processuais. Pela riqueza histórica, pela diversidade das fontes formais do direito e pelas características *sui generis*, optou-se por realizar incursão mais detalhada na história das fontes do Direito Processual Penal francês, a fim de se examinar esse ordenamento.

5.4.1 As fontes históricas do processo penal francês

No percurso histórico do processo penal francês, vale-se da pesquisa de Patrick Maistre Chambon e de Philippe Conte, da qual se extrai, a seguir, relato das origens do processo penal francês:

Na antiguidade, antes mesmo que o processo penal fosse concebido como tal, na época da vingança privada, como que interessando prioritariamente o delinqüente e sua vítima, surgiu progressivamente que o interesse geral era a causa. É, por isso, que o direito de desencadear veio a ser confiado a outros que a única parte lesada: à qualquer cidadão em primeiro lugar (República Romana), seguidamente um magistrado, representando a sociedade para a defesa da ordem pública (Baixo Império Romano). É este último sistema que terminou por triunfar durante a Idade Média, à frente das jurisdições eclesiásticas e as jurisdições reais, com a mesma possibilidade para o juiz de apreender-se a fim de desencadear as continuações: ‘Qualquer juiz e procurador geral’. A grande ordenação sobre o procedimento criminal de 1670, tomada por iniciativa de Colbert, sob o reino de Luís XIV, fixa definitivamente esta orientação, com a divisão dos procedimentos em três fases: a informação, confiada ao oficial criminal do *baillage*³⁴, que procede às investigações e reúne as provas; a instrução, no curso do qual o suspeito é ouvido sob juramento; a

³⁴ O termo *baillage* não tem tradução específica no ordenamento pátrio. Possivelmente, o equivalente fosse o meirinho que exerce função semelhante à descrita acima.

instrução definitiva e o julgamento, na fase da assembléia, composta do oficial e de seus assessores, e o suspeito interrogado sem a assistência de um defensor. O período revolucionário traz profundas mudanças, inspiradas no exemplo britânico. O direito de desencadear a ação penal pública é reservado à vítima e a todo cidadão (ação popular). Em matéria criminal, um papel essencial é atribuído ao júri de acusação, à fase de instrução, o júri de julgamento (doze jurados) que se pronuncia sobre a culpabilidade. Esta organização, funcionando mal, conheceu rapidamente modificações sob o Diretório (direito para o Ministério Público de desencadear as investigações, criação do juiz de instrução). Entrando em vigor em 1811, ao mesmo tempo em que o Código Penal, o Código de Instrução Criminal de 1808 é mais de inspiração autoritária, fazendo regressar às concepções do Antigo Regime (estado de instrução) [...] conservando certas inovações do direito intermediário (estado de julgamento); o juiz de instrução é mantido, o júri de acusação é substituído pelo de acusação, colocando em movimento ação pública confiada geralmente ao Ministério Público. O novo procedimento está amparado sobre três princípios essenciais: o da unidade da justiça civil e penal, os mesmos órgãos são encarregados de administrar um e outro; o das separações das funções, instrução e julgamento, cada uma confiada a uma autoridade diferente; e, por último, o dos colegiados jurisdicionais compostos de magistrados profissionais (à exceção do júri da *Cour D'Assises*³⁵). Na seqüência, a evolução tem-se feito primeiro num sentido liberal, especialmente com a Lei de 8 de dezembro de 1897 (Lei Constans) que introduziu, para o acusado, o direito à assistência de um defensor, compensado pelo aumento dos direitos da parte civil em 1921. Conseqüentemente, uma reação produziu a regulamentação

³⁵ A *Cour D'Assises*, atualmente, possui competência em matéria criminal para julgamento dos crimes apenados com penas acima de dez anos de reclusão até pena perpétua. Já, no Tribunal Correccional são julgados os delitos apenados com penas privativas de liberdade de até 10 anos de reclusão, multas e prestação de serviços à comunidade. O Tribunal de Polícia julga aproximadamente cinqüenta tipos de contravenções penais. Outro órgão é o Juiz de Proximidade, incumbido de julgar as quatro primeiras classes de infrações. Há certa semelhança com o Juizado Especial Criminal brasileiro, ainda que sua introdução no sistema judiciário francês seja recente: Lei de Orientação e Programação para a Justiça e Projeto de Lei Orgânica Relativo ao Juiz de Proximidade. Ainda existe uma *Cour D'Assises* para julgamento de crimes praticados por adolescentes até 16 anos de idade. Em segundo julgamento, é possível se dar o reexame de apelo contra as decisões da *Cour D'Assises*. Esta será endereçada a *Cour D'Appel* que é o Tribunal competente para realizar o reexame da apelação em matéria criminal. A última instância é a *Cour De Cassation*, situada em Paris, julga os recursos, somente, se houver a aplicação incorreta da lei. Não é realizado exame de matéria de fato nesses julgamentos. Por fim, vale lembrar que para os franceses a “Justiça é ao mesmo tempo um atributo essencial da soberania do Estado é uma missão fundamental na vida social, dado que suas decisões e as suas ações tocam as liberdades individuais e os interesses materiais e morais das pessoas” (Minha tradução de “La Justice est à la fois un attribut essentiel de la souveraineté de l'État et une mission fondamentale dans la vie sociale, puisque ses décisions et ses actions touchent aux libertes individuelles et aux intérêts et moraux des personnes [...]”). Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/justorg/justorg1.htm>>. Acesso em: 7 out. 2006.

mais severa da detenção (ilimitada e discricionária) ou, ainda, a restrição dos poderes do júri das cortes. (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 2-3).³⁶

O Código de Processo Penal, de 1958, não avançou muito no campo da ampla defesa e da presunção de inocência, em especial, na fase do juizado da instrução. Em decorrência da Guerra da Argélia e do combate aos grupos terroristas, o Direito Processual Penal assumiu postura mais cautelosa para evitar que cidadãos honestos sofressem conseqüências em sua liberdade por parte desses grupos.

Já, o Código de Instrução Criminal, de 31 de dezembro de 1957, dispôs sobre a atividade da Polícia Judiciária, no Livro I, título I, capítulo I, artigos 12 e seguintes. A atividade da polícia judiciária era conduzida por um Procurador da República, auxiliado por funcionários e agentes, ambos fiscalizados pela Câmara de acusação. A finalidade dessa investigação era, exclusivamente, colher os indícios necessários para a instauração do procedimento preparatório (*information*) e, em seguida, atender às requisições do juiz de instrução, visando à preparação do processo para julgar o delito. É ainda, Chambon e Conte que oferecessem análise pontual do período:

³⁶ Minha tradução de: “Au cours de l’Antiquité, alors que le procès pénal avait été initialement conçu, à l’époque de la vengeance privée, comme intéressant prioritairement le délinquant et sa victime, il est apparu progressivement que l’intérêt général était en cause. C’est pourquoi, le droit de déclencher les poursuites vint à être confié à d’autres qu’à la seule partie lésée: à tout citoyen tout d’abord (République romaine), puis à un magistrat, représentant la société pour la défense de l’ordre public (Bas-Empire romain). C’est ce dernier système qui fini par triompher au cours du **Moysen-Age**, devant les juridictions ecclésiastiques et les juridictions royales, avec même la possibilité pour le juge de se saisir afin de déclencher les poursuites: ‘Tout juge est procureur général’. La grande ordonnance sur la procédure criminelle de 1670, prise à l’initiative de Colbert, sous le règne de Louis XIV, fixe définitivement cette orientation, avec la division de la procédure en trois phases: l’information, confiée au lieutenant criminel du baillage, qui procède aux constatations et réunit les preuves l’instruction, au cours de laquelle le suspect est entendu sous serment: l’instruction définitive et le jugement, devant le siège assmblé, composé du lieutenant criminel et de ses assesseurs, le suspect étant interrogé sans l’assistance d’un défenseur. La **période révolutionnaire** apporte de profonds changements, inspirés de l’exemple britannique. Le droit de déclencher l’action est réservé à la victime et à tout citoyen (action populaire). En matière criminelle, un rôle essentiel et attribué au jury d’accusation, au stade de l’instruction, et au jury de jugement (douze jurés) qui se prononce sur la culpabilité. Cette organisation, fonctionnant mal, connut rapidement des modifications sous le Directoire (droit pour le ministère public de déclencher les poursuites, création du juge d’instruction). Mis en vigueur en 1811 en même temps que le Code pénal, le **Code d’instruction criminelle de 1808** est d’inspiration beaucoup plus autoritaire, faisant pour partie retour aux conceptions de l’Ancien régime (stade de l’instruction), tout en conservant certaines des innovations du droit intermédiaire (stade du jugement); le juge d’instruction est maintenu, le jury d’accusation remplacé par la chambre des mises en accusation, la mise en mouvement de l’action publique confiée ordinairement ministère public. Le nouvelle procédure repose sur trois principes essentiels: celui de l’unité de la justice civile et pénale, les mêmes organes étant chargés d’administrer l’une et l’autre; celui de la séparation des fonctions de poursuite, d’instruction et de jugement, chacune confiée à une autorité différente; celui, enfin, de la collégialité des juridictions composées de magistrats professionnels (à l’exception du jury de la cour d’assises). Par la suite, l’évolution s’est faite d’abord dans un sens libéral, spécialement avec la **loi du 8 décembre 1897** (loi Constans) qui a introduit, pour l’inculpé, le droit à la l’assistance d’un défenseur, compensée par une segmentation des droits de la partie civile en 1921. Puis une réaction s’est produite avec une réglementation plus sévère de la détention préventive (illimitée et discrétionnaire) ou encore la restriction des pouvoirs du jury d’assises”.

O Código de Processo Penal de 1958, entrando em vigor em 1959, transformou superficialmente a matéria, preocupado em dar maior garantia às liberdades individuais, com a regulamentação da guarda à visita, os limites de detenção preventiva e o reforço da reparação das funções de investigação de instrução e julgamento. Contudo, as circunstâncias políticas (guerra da Argélia), rapidamente, são invocadas para introduzir modificações sensíveis em detrimento dos direitos de defesa. Era apenas o início do constante movimento pendular, que marca as grandes etapas do nosso sistema processual desde então. As reformas têm sido, com efeito, muito numerosas, enfaticamente sobre as matérias que envolvem questões sensíveis, como a restrição de liberdade antes de julgamento (detenção provisória e controle judicial desde 1970, mais de dez leis, importância inigualável desde essa data), controles e verificações de identidade, e o papel exato, ou mesmo, a manutenção do juiz de instrução. O procedimento penal faz, apenas, refletir assim, naturalmente, as constantes hesitações a respeito da política penal que a nossa época quer dar (as múltiplas versões do anteprojeto de Código Penal). É nesse contexto, que é necessário situar a lei de 4 de janeiro de 1993, a mais importante reforma desde a de 1808, vez que traz alterações, em várias formas, a cada uma das etapas processuais. Na fase das investigações, a guarda da visita nomeadamente é liberalizada (reforçando os direitos da pessoa detida), assim como a presença do advogado. O ponto de equilíbrio da instrução é deslocado: supressão do acusado pela investigação, com aumento dos direitos de defesa; reforço considerável do caráter contraditório do procedimento, pela possibilidade de oferecer às partes privadas (pessoa investigada - Estado - Membro, partes civis) o acesso permanente ao processo de instrução, o reclamar medidas de investigação e o contestar, perante a Câmara de Acusação, os atos irregulares. Essa marcante evolução do nosso sistema processual no período contemporâneo tem sido acentuada por diversos textos internacionais, notadamente pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Esses textos, com efeito, têm inspirado o legislador no seu trabalho de reforma ou provocado a modificação de soluções jurisprudenciais, situações que ilustram a multiplicidade das fontes formais do procedimento penal. (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 3).³⁷

³⁷ Minha tradução de: “**Le Code de procédure pénale de 1958**, mis en vigueur en 1959, transforme peu la matière, mais est soucieux de mieux garantir les libertés individuelles: réglementation de la garde à vue, limites de la détention préventive, renforcement de la séparation des fonctions de poursuite, d’instruction et de jugement. Cependant, très vite, des circonstances, politiques (guerre d’Algérie), ont été invoquées, pour introduire de modifications sensibles au détriment des droits de la défense. Ce n’était que le début du constant mouvement de balancier qui allait marquer les grandes étapes de notre système procédural depuis lors. Les réformes ont été, en effet, très nombreuses, remettant notamment sans cesse sur le métier les questions sensibles de la restriction de liberté avant jugement (détention ‘provisoire’ et contrôle judiciaire depuis 1970 - plus de dix lois, d’importance inégale, depuis cette date...-), des contrôles et vérifications d’identité, du rôle exact voire du maintien du juge d’instruction. La procédure pénale ne fait que refléter ainsi, comme il est naturel, les hésitations, incessantes sur la politique pénale que notre époque veut se donner (cf. les multiples versions de l’Avant-projet de Code pénal). C’est dans ce contexte qu’il faut situer la **loi de 4 de janvier 1993** (partiellement modifiée par une loi du août 1993), la plus importante réforme intervenue depuis 1808, puisqu’elle apporte des bouleversements, dont plusieurs opportuns, à chacune des étapes procédurales. Au stade des poursuites, la garde à vue, notamment, est libéralisée (renforcement des droits de la personne retenue, présence de l’avocat). Le point d’équilibre de l’instruction est déplacé: **suppression d’inculpation** remplacée par la **mise en examen**, avec une augmentation des droits de la défense; renforcement considérable du caractère contradictoire de la procédure, par la possibilité, offerte aux privées (personne mise en examen, parties civiles), d’accéder à tout instant au dossier d’instruction et de réclamer des mesures d’investigation, de contester devant la chambre d’accusation les actes irréguliers. Cette évolution marquée de notre système procédural à l’époque contemporaine a été accentuée par un certain nombre de textes internationaux, notamment par la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés** fondamentales. Ces textes ont en effet inspiré le législateur dans son travail de réforme, ou provoqué la modification de solutions jurisprudentielles, ce qui illustre la multiplicité des sources formelles de la procédure pénale [...]”.

O processo penal francês parece manter delicado equilíbrio entre o liberalismo e o rigorismo, através de dispositivos que preservam os cidadãos inocentes, tanto que o Código de Processo Penal na França é tido e havido como o Código das Pessoas Honestas: “As regras do procedimento devem tender à condenação dos culpados bem como à salvaguarda dos inocentes” (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 11).³⁸

5.4.2 Os sistemas e as influências na atual legislação processual francesa

Pode-se afirmar que o Direito Processual francês recebeu influências dos sistemas acusatório e inquisitório, ambos perceptíveis, indicando a opção pelo sistema misto como síntese materializada na elaboração da atual legislação. Examinam-se as principais características de cada tipo de sistema.

Quanto ao sistema acusatório, tem-se que esse sistema constrói o processo penal semelhantemente ao processo civil, como

[...] um duelo entre a vítima e o autor da infração, na presença de um juiz imparcial e inerte. Assegura, assim, completa igualdade entre a acusação e a defesa, de modo que é mais protetor dos direitos do acusado. Esse tipo de procedimento, praticado na Antiguidade, na Grécia e em Roma, sob a República, revitalizado, após o declínio provocado pelas invasões bárbaras, retira, dessa origem histórica diversas características: o procedimento é oral (civilizações da palavra) e o contraditório é público, ambos se desenvolvem em uma fase própria (não-instrução). O destino da pessoa acusada depende de provas irracionais, tais como a utilização das ordálias e dos duelos judiciais, os quais se impõem aos juízes. A decisão é tomada pelos pares da acusação (colegiado), que não são magistrados profissionais, e não existe, por conseguinte, via de recursos. É evidente que tal tipo de procedimento corre o risco de sacrificar os interesses da sociedade, que não tem representante próprio (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 11).³⁹

³⁸ Minha tradução de: “Les règles de la procédure doivent tendre à la condamnation des coupables comme à la sauvegarde des innocents”.

³⁹ Minha tradução de: “Ce système ramène le procès pénal, fort proche du procès civil, à un duel entre la victime et l’auteur de l’infraction, en présence d’un juge impartial et passif. Il assure ainsi une complète égalité entre l’accusation et la défense, si bien qu’il est le plus protecteur des droits de l’accusé. Ce type de procédure qui fut pratiqué dans l’Antiquité, en Grèce et à Rome sous la République, puis réactualisé, après son déclin, par les invasions barbares, retire de cette origine historique un certain nombre de caractéristiques: la procédure est **orale** (civilisations de la parole), **contradictoire** et **publique** et se déroule en une seule phase (pas d’instruction). Le sort de la personne poursuivie dépend de preuves irrationnelles, telles que l’issue des ordalies ou duel judiciaire, et qui s’imposent aux juges. La décision est rendue par les pairs de l’accusé (**collégialité**), qui se sont pas des magistrats professionnels, et il n’existe donc pas de voie de recours. Il est évident qu’un tel type de procédure risque de sacrifier les intérêts de la société, qui n’ont d’ailleurs pas de représentant propre. La poursuite et le collecte des preuves dépendent uniquement de la victime (et de son courage). C’est d’ailleurs pourquoi ceux qui pratiquent de système (pays anglo-saxons notamment) ont élargi le droit de saisir le juge à tous les citoyens (action populaire) ou ont instauré un agent public doté de la même possibilité [...]”.

Historicamente, o sistema inquisitório remonta ao período do baixo Império Romano e início da Idade Média. Os juízos das ordálias fizeram desse sistema, com toda a sua crueldade e tortura, uma fase negra da história do processo penal, eliminando o direito de defesa do acusado.

Na atual legislação francesa, verifica-se nítida preocupação por parte do legislador em relação a esse sistema, no sentido de se valer dele como mecanismo de redução da criminalidade, a fim de resguardar o interesse social. Nesse particular, guarda semelhança com as inquietudes que animaram os legisladores brasileiros, ao elaborarem a atual legislação processual penal, como no forte apelo à participação do Ministério Público em promover as medidas judiciais cabíveis a fim de resguardar o interesse público.

Philippe Conte comenta a respeito do processo inquisitório na legislação francesa:

Este procedimento, antítese do precedente, traduz a preocupação de se lutar eficazmente contra a delinquência, concebida como aquela que lesa, primeiramente, o interesse social. Conseqüentemente, o juiz pode tomar a iniciativa e, assim, a sociedade é representada, durante o processo pelo ministério público. O procedimento é escrito (o que torna possível o exercício das vias de recursos); secreto, ao olhar do público como o suspeito, de modo que é não contrário; é dividido em várias fases (instrução, julgamento), no curso das quais o juiz (único sujeito na fase de instrução) investiga ativamente as provas (importância da confissão), até, historicamente, o aparecimento do sistema da prova legal, para limitar o arbítrio. Esse tipo de procedimento não pode surgir, senão através de poderes centralizados (como o apelo perante o imperador ou rei). A reputação desse sistema reflete seus antecedentes históricos (base do Império-Romano; Inquisição), marcadamente o recurso à tortura (pergunta). Mas, os sistemas acusatórios originais também recorriam às ordálias, em que pese o sistema inquisitório preocupar-se pouco com o direito de defesa (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 11).⁴⁰

O sistema misto, por seu turno, representa a busca de equilíbrio entre o sistema inquisitório e o acusatório, que, na concepção do legislador francês, é o sistema ideal, depurados os excessos de um e de outro. Basta dizer que é essa a opção mantida pelo atual

⁴⁰ Minha tradução de: “Cette procédure, antithèse de la précédente, traduit le souci de lutter efficacement contre une délinquance conçue comme lésant prioritairement l’intérêt social. En conséquence, le juge peut se saisir lui-même et la société est représentée, pendant le procès, **par le ministère public**. La procédure est **écrite** (de qui rend possible l’exercice des voies de recours), **secrète**, à l’égard du public comme du suspect, si bien qu’elle est **non contradictoire**: elle est divisée en **plusieurs phases** (instruction, jugement), au cours desquelles le juge (**unique** au stade de l’instruction) recherche activement les preuves (importance de l’aveu), avec, historiquement, l’apparition du système de la preuve légale, pour limiter l’arbitraire. Ce type de procédure n’a pu surgir qu’avec des pouvoirs centralisés (d’où l’appel possible devant l’empereur ou le roi). Sa réputation souffre beaucoup de ses antécédents historiques (Bas-Empire romain, Inquisitions caractérisés par le recours à la torture (‘question’)). Mais les systèmes accusatoires originels eurent recours aux ordalies, qui, en matière de barbarie, étaient équivalentes [...] Il reste que le système inquisitoire est peu soucieux des droits de la défense”.

código de processo penal francês:

Um procedimento puramente acusatório ou inquisitório é desequilibrado, privilegiando o excesso tanto do direito da defesa, quanto dos interesses da sociedade. A tentativa de conciliá-los resulta nos sistemas mistos, que, embora sejam intermediários, são muito diferentes. Substancialmente, caracterizam-se pela divisão do procedimento em várias etapas, aplicando alternativamente os princípios do procedimento inquisitório (instrução) e acusatório (julgamento) e pela possibilidade reconhecida à vítima, bem como ao ministério público, de proceder às acusações. Nos nossos dias, a maioria dos procedimentos segue essa filosofia (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 12).⁴¹

Caracteriza-se, pois, como misto, o procedimento penal francês, devido às suas inspirações, pois o acusatório se faz presente ao longo da legislação, assim como o sistema inquisitório. Mas, como se viu, historicamente seu aprimoramento tem sido feito no sentido da crescente valorização do sistema acusatório.

As raízes históricas do sistema inquisitório podem também ser encontradas no Código de Instrução Criminal (Napoleão I). De forte inspiração autoritária, obstacularizava a atuação da defesa do acusado e, em muitos momentos, impedia o contraditório. Somente em 1897 (Lei Constans), a presença do advogado tornou-se obrigatória na fase de instrução. Ao longo das reformas, o sistema inquisitório, apesar de ainda se fazer presente na atual legislação, passou por várias modificações, em busca de certo equilíbrio. É essa, também, a opinião de Philippe Conte:

A origem do nosso sistema processual, de inspiração autoritária (Napoleão I), é principalmente inquisitório. O Código de Instrução Criminal apresentou diversas soluções sempre atuais. Em primeiro lugar, o procedimento era dividido em três fases distintas, confiadas a três autoridades diferentes: a fase das investigações, colocadas sob o controle do Ministério Público, auxiliado pela Polícia Judiciária (o Código de Processo Penal oficializou o inquérito preliminar), a da instrução, confiada ao juiz de instrução, e a do julgamento, com os órgãos jurisdicionais correspondentes. Em seguida, o pessoal judicial é formado por magistrados profissionais, especialmente do Ministério Público, corpo fortemente hierarquizado, que desencadeia e exerce a ação penal, encarregado que é de representar os interesses da sociedade, de modo que a sua presença é obrigatória à frente dos órgãos jurisdicionais [...] No que diz respeito às garantias, os direitos do acusado foram reforçados: proibições das escutas telefônicas, garantias da pessoa [...] Quanto à instrução, não deixa de ser possível apresentá-la como secreta, escrita e não

⁴¹ Minha tradução de: “Une procédure purement accusatoire ou inquisitoire est déséquilibrée, privilégiant à l’excès tantôt les droits de la défense, tantôt les intérêts, de la société. La tentative de les concilier signe les systèmes mixtes, qui, en tant qu’ils sont intermédiaires, sont fort divers. En substance, ils se caractérisent par la division de la procédure en plusieurs étapes, qui appliquent alternativement les principes de la procédure inquisitoire (instruction) et accusatoire (jugement) et par la possibilité reconnue à la victime comme au ministère public de déclencher les poursuites. De nos jours, la plupart des procédures empruntent à cette philosophie [...]”.

contraditória, dado que cada uma dessas características originais declinou a presença do defensor desde 1897 (Lei Constans). Resumidamente, os direitos de defesa doravante passam a ser eficientemente protegidos. Esse declínio constante é considerável, e o inquisitório do nosso procedimento ilustra a influência do sistema oposto (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 17).⁴²

Noutro norte, a partir do Código de Instrução Criminal, a influência do sistema acusatório já se fazia sentir. Sua manifestação mais visível é detectada na unidade entre a justiça civil e a penal, que permanece como um dos princípios diretores do sistema processual atual. Destacam-se, ainda, a ênfase dada à fase de julgamento, em que o procedimento é, por excelência, oral, público e contraditório. Dependendo, ainda, da gravidade do delito praticado, o julgamento pode ser realizado por órgão colegiado especializado em matéria criminal. No caso de contravenções penais, há um juiz único e o procedimento é simplificado e escrito. Certos órgãos jurisdicionais compreendem magistraturas não profissionais, como os famosos “Nove Jurados do Tribunal de Assises” ou os Assessores, menos conhecidos, do Tribunal da Infância.

Por fim, a vítima se beneficia de prerrogativas reforçadas: pode se fazer presente quando da sessão de julgamento para alegar seus direitos e desencadear, assim, a ação penal pública, inclusive contra parecer do Ministério Público (solução do famoso acórdão Laurente-Attahalin, em 1906, ratificado pelo Código de Processo Penal atual).

O Código de Processo Penal francês é cindido em três fases: a da investigação, no curso da qual a decisão é tomada no sentido de promover a ação penal; a da instrução preparatória, em que são reunidos os elementos de convicção necessários à propositura da ação penal, visando à condenação do acusado; e a do julgamento, que permite que um órgão jurisdicional pronuncie-se sobre a culpabilidade ou inocência da pessoa inculpada. Essas fases resultam em separação e ordenação das autoridades correspondentes. Combinada à distinção dos crimes e contravenções,

⁴² Minha tradução de: “A l’origine, notre système procédural, d’esprit autoritaire (Napoléon I) est principalement inquisitoire. Le Code d’instruction criminelle a assis un certain nombre de solutions toujours actuelles. Tout d’abord, la procédure est divisée en **trois phases distinctes**, confiées, à **trois autorités différentes** ; la phase des **poursuites**, placée sous le contrôle du ministère public, secondé par la police judiciaire (le Code de procédure pénale a officialisé l’enquête préliminaire), celle de **l’instruction**, confiée au juge d’instruction, celle du **jugement**, avec les traditions correspondantes. Ensuite, le personnel judiciaire est formé de magistrats professionnels, spécialement du **ministère public**, corps fortement hiérarchisé, qui, chargé de représenter les intérêts de la société, déclenche et exerce l’action publique, en sorte que sa présence est obligatoire devant toutes les juridictions... [...] En ce qui concerne les premières, les droits du suspect ont été constamment renforcés : interdictions des écoutes téléphoniques, garanties de la personne gardée à vue (v. Infra p. 166, 170). Quant à l’instruction, il n’est plus possible de la présenter comme secrète, écrite et non contradictoire, puisque chacun de ces caractères originels a décliné (v. Infra p.183), ce que symbolise, à elle seule, la présence du défensuer depuis 1897 (**loi Constans**). Bref, les droits de la défense sont, désormais, très efficacement protégés. Ce déclin constant et considérable, du caractère inquisitoire de notre procédure illustre l’influence du système opposé [...]”.

tal separação constitui reforço ao sistema processual francês. Com a criação do juiz de aplicação das penalidades, ou o equivalente ao juízo da execução penal no Código de Processo Penal brasileiro, fala-se, hoje, em uma quarta fase do procedimento penal francês.

O princípio da separação não é de todo isento de críticas, haja vista que não houve separação precisa entre as funções exercidas pelo Ministério Público quando do inquérito e da instrução. É de se compreender que a origem dessa fusão remonte ao projeto Dannediue Vabres de 1949. Um dos inconvenientes que se pode pontuar é o da ruptura do equilíbrio entre a acusação e a defesa, que permite ao Ministério Público acumular as duas atribuições: a de investigar e instruir a ação penal. Como sugere Philippe Conte, o ideal não é este e sim:

[...] confiar aos magistrados, hierarquicamente subordinados, a tarefa de instruir. Do mesmo modo, foi proposto suprimir a distinção entre as autoridades de instrução e as de julgamento, oferecendo condições ao juiz de instrução de deliberar, ele mesmo, sobre a culpabilidade ou a inocência, ao motivo, contestável, de que ele 'conhece perfeitamente o processo e o homem a julgar'. Finalmente, a separação das fases processuais é um princípio essencial (capítulo 1). Indiretamente, esse é ampliado pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais, através da aplicação, de alcance mais largo, mais flexível de um tribunal independente e imparcial (capítulo 2). (CHAMBON; CONTE, 1995, p. 41).⁴³

Em consequência do princípio da separação da atuação das autoridades durante as fases processuais, constata-se que o Ministério Público é responsável pela investigação, ou seja, desencadeia e exerce a ação penal pública e vela pela execução correspondente. Portanto, o estatuto desses diferentes magistrados precisa ser adaptado à sua missão específica: os do Ministério Público, sob a autoridade do Ministro da Justiça, o qual pode lhes transmitir instruções escritas; os dos juízes da sede, que compõem os órgãos jurisdicionais de instrução e de julgamento, ao contrário, independentes do poder político.

Reflexo imediato da adoção desse princípio é a atribuição de cada uma das autoridades de determinada fase processual. Assim, o Ministério Público é responsável pela investigação, ou seja, desencadeia e exerce controle em relação à propositura da ação penal pública e o Ministro da Justiça pode transmitir orientações e instruções aos membros do Ministério Público. A instrução e julgamento ficam, assim, sob a responsabilidade dos órgãos

⁴³ Minha tradução de: “[...] à confier à des magistrats hiérarchiquement subordonnés la tâche d’instruire. Il a de même été proposé de supprimer la distinction entre les autorités d’instruction et de jugement, en permettant au juge d’instruction de statuer lui-même sur la culpabilité ou l’innocence, au motif, contestable, qu’il connaît parfaitement le dossier et l’homme à juger. En réalité, la séparation des phases procédurales est un principe essentiel (chap. 1). Il est indirectement amplifié d’ailleurs par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales à travers la notion, de portée plus large, mais d’application plus souple, de tribunal indépendant et impartial (chap. 2)”.

jurisdicionais que possuem independência funcional, distinguindo-se do Ministério Público pela não vinculação ao poder público.

5.4.3 O papel do juiz instrutor

Ensina Fauzi Hassan Choukr (2006, p. 28) que:

[...] Malgrado a presença do Ministério Público e mesmo da Polícia Judiciária, na estrutura enfocada, conforme adverte DERVIEUX (2005): ‘O juiz de instrução tem um duplo papel, como investigador e como juiz. Como investigador, é encarregado de recolher as provas da infração, de elucidar a autoria e de formalizar os autos; deve buscar elementos a favor e contra a pessoa investigada. Como juiz, pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, e, eventualmente, da colocação da pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar [...]’.

5.4.4 O juiz das liberdades

Inovação digna de nota é a introdução no sistema processual francês, a exemplo do que já fazia o alemão, na adoção da prática de um juiz examinar os pedido de liberdade provisória, elaborados por ocasião da fase investigatória, o chamado juiz de liberdades.

Acompanhando uma já consolidada tendência, também o direito francês criou, no início do século, um juiz específico para determinados incidentes jurisdicionais ao longo da investigação, mesmo quando esta venha a ser desenvolvida pelo juiz instrutor. Com efeito, informa DERVIEUX (op.cit.), que: ‘Desde a lei de 15 de junho de 2000, há um juiz independente ou juiz das liberdades e da detenção, o qual decide sobre a manutenção da custódia. É ele que decide sobre o pedido de liberdade feito pela pessoa custodiada [...]’. (CHOUKR, 2006, p. 28-29).

O Código de Processo Penal Francês possui legislação mais uniforme, sem as especificidades do Código de Processo Penal espanhol com sua profusão de procedimentos. Entretanto, pela tradição de respeito aos Direitos Humanos, aguarda-se que na fase investigatória o cidadão seja efetivamente considerado como “um acusado” e portador de direitos. Apesar da instalação do Juiz das Liberdades, é de se supor que o sistema acusatório se impusesse em toda as fases procedimentais, o que não se constata atualmente nesse ordenamento processual.

5.5 A legislação alemã

Antes de se proceder ao exame da legislação processual penal alemã, cabe trazer à baila a advertência de Juan-Luis Gomes Colomer, no prefácio de sua obra *El Proceso Penal Aléman Introduccion Y Normas Básicas*, ao afirmar que o processo penal alemão é de difícil estudo, tendo em vista que os institutos não são semelhantes aos existentes no Direito Processual Penal espanhol e, acrescenta-se, ao Direito Processual Penal brasileiro. Não se pode olvidar que se está diante de cultura bem distinta. Reconhece-se a dificuldade que enfrenta o tradutor para adequar o texto à realidade jurídica de seu país:

O tradutor, quando se depara com a Lei estrangeira que quer traduzir para o seu idioma, tem duas possibilidades: ou bem realiza uma tradução literária e interpretativa, acomodando-se não só ao texto, senão a todo o sistema que o processualista espanhol ou hispano-americano entenderá melhor, ou bem realiza tradução literal do texto, e, onde não é possível por falta de sentido, acrescenta termos para reforçar a literalidade ou fará explicações do sentido do texto em nota explicativa (COLOMER, 1985, p. 15).⁴⁴

Por outro lado, mesmo na Alemanha, não há literatura em abundância a respeito do direito processo penal que permita traçar paralelo seguro com as demais ordenações processuais ibéricas e latinas. Em que pese ter o processo adquirido autonomia científica na Alemanha e o direito processual penal também ali ter seu berço, há carência de obras específicas de direito processual em toda a Europa, como o afirma também Juan-Luis Gomes Colomer.

Como se não bastassem essas limitações, há, ainda, a dificuldade em se traduzir institutos e expressões típicas do processo penal alemão tanto para o castelhano como para o vernáculo pátrio. Em vista desses limites, a obra de Juan-Luis Gomez Colomer, consagrada na Europa, servirá como referência para a presente reflexão. Haja vista o objetivo da prova investigativa desta tese, as análises limitar-se-ão às linhas mestras da legislação processual penal alemã, em especial, ao estatuto reformado de 1975, em vigor com suas várias alterações.

A origem do processo penal alemão é encontrada nos processos penais romanos, no processo canônico e no processo penal alemão antigo, em especial, até 1532. Frisa-se, que no

⁴⁴ Minha tradução de: “El tradutor, cuando se enfrenta a una Ley extranjera que quiere traducir a su idioma, tiene dos posibilidades: o bien realiza una traducción literaria, interpretativa, acomodando no solo el texto, sino todo el sistema, a lo que el procesalista, español e hispanoamericano entenderá mejor; o bien realiza una traducción literal del texto, y, donde no es posible por falta de sentido, añade términos para reforzar la literalidad, o explica en nota el sentido del texto”.

século XVI, o sistema em vigor era o inquisitório típico.

A *Constitutio Criminalis Carolina* influenciou a legislação processual alemã e representou salto evolutivo do processo ao recomendar as seguintes inovações: abolição do sistema acusatório; prova legal; procedimento escrito e secreto; e juízes escabinados leigos⁴⁵. Essa lei marcou o processo penal da Alemanha Ocidental, e a partir da sua vigência, todos os estados alemães promoveram revisão profunda nas legislações, em especial a penal e a processual penal. Resultado de tal influência foi a adoção de um sistema que incorporou leis que adotavam a persecução penal por parte do Estado, de modo mais claro e disciplinado, como por exemplo: o processo inquisitivo; a existência de absolvição na instância e possibilidade de mera condenação por suspeita; juízes funcionários; e última decisão reservada ao Imperador, em casos mais graves. Posteriormente vieram outras leis e legislações.

Com a influência da Revolução Francesa e o avanço das legislações francesa e inglesa, a legislação alemã recebeu substancial contribuição, com ênfase na elaboração do Código Criminal do Império, o Código de Napoleão. Essa influência se estendeu à Alemanha até por volta de 1800. Elaborou-se, então, legislação reformada, de característica mais liberal, com características próprias como: o processo acusatório; a independência judicial; o jurado e a existência do Fiscal da Lei⁴⁶.

A Alemanha Ocidental, em 1 de outubro de 1950, adotou nova lei visando à adequação da antiga legislação ao regime democrático, reinstalado pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Essa lei derogou toda a complexa legislação nazista, e em decorrência dessa lei, outras foram introduzidas no ordenamento penal e processual penal alemão, adequando-os aos novos tempos.

Em 9 de dezembro de 1974, a primeira Lei de Reforma Processual Penal procurou dotar de maior celeridade os processos penais, derogando a instrução prévia judicial, assim como a audiência, aos participantes do processo. A Lei de 14 de abril de 1978, conhecida como a Lei Antiterrorista, limitou, significativamente, o direito de defesa.

Com a reunificação da Alemanha, a Ordenação Penal alemã (StPO)⁴⁷ sofreu várias modificações para permitir ampliação do direito de defesa do acusado e prover alterações na

⁴⁵ Atualmente, existe na ordenação processual penal alemã a participação de juízes leigos ou escabinos nos tribunais. A tradição foi mantida no sentido de contar com a participação de leigos nas decisões do Poder Judiciário. Dependendo da causa a ser examinada, a composição do Tribunal é alterada, assim como o número de escabinos.

⁴⁶ A Ordenação Processual Alemã não utiliza a nomenclatura “Promotor de Justiça” para designar o órgão do Estado responsável em deduzir, em juízo, a pretensão punitiva e, sim, o Ministério Fiscal.

⁴⁷ StPO é o mesmo que Ordenação Processual Penal ou o equivalente a Código de Processo Penal.

chamada prisão provisória e na parte referente à competência. Dessa forma, a investigação criminal pode ser conduzida pelo tribunal do lugar em que o fato ocorreu, com a supervisão do Fiscal da Lei. Ressalta-se, no entanto, que a regra usual, prevista na StPO, para definir a competência é a do lugar do domicílio do inculpaado, diferentemente do que prescreve o Código de Processo Penal brasileiro: lugar da infração.

As investigações preliminares foram mantidas, tipificadas na forma da legislação antecessora, no capítulo segundo, livro 2º da *Strafprozessordnung*, sob a rubrica do Preparo da Ação Pública (*Vorbereitung der öffentlichen Klage*). O Ministério Fiscal, na atual sistemática, juntamente com os seus auxiliares, supervisiona diretamente a investigação realizada pela polícia. Encerrada a fase preliminar, a atuação do Ministério Fiscal fica condicionada à apuração de elementos que comprovem a existência do delito, para que se dê a propositura da ação.

O procedimento preparatório apresenta todas as características de inquérito. As novas edições da StPO aparecem com a numeração dos parágrafos atualizada, assim como rótulos para os dispositivos. O § 158, *caput*, determina que a denúncia (*Anzeige*) de fato punível, como o pedido (*Antrag*) de procedimento penal contra alguém, pode ser dirigido ao Ministério Público, ou seja, às autoridades e aos funcionários da polícia de segurança e ao tribunal de *bailiado*, tanto oralmente como por escrito. Na mesma linha, o inciso do § 158, atualmente numerado como 2, em função de o *caput* ter sido marcado como número 1, dispõe que, nas ações puníveis em que se procede mediante pedido do ofendido, o requerimento deve ser escrito ou oral. Nesse caso, far-se-á processo verbal (*Protokoll*). O § 159 define que, caso haja fundamento para supor que alguém morreu, sem que se trate de morte natural, ou que seja encontrado cadáver de pessoa desconhecida, as autoridades policiais e as autoridades municipais estão obrigadas a comunicar imediatamente ao Ministério Público ou ao Tribunal de *bailiado*. O próprio Ministério Público, como se depreende do parágrafo seguinte, o § 160, investigará o fato.

Da redação do Código, consta um inciso ao § 160 que, evidentemente, não poderia existir na promulgação do anterior, de 1877, e que manda sindicat também as circunstâncias que possam levar à aplicação de medidas de segurança. E em sua função investigativa, o Ministério Público pode socorrer-se das autoridades e funcionários de policia administrativa e das de segurança, que obrigatoriamente devem atender suas requisições (§ 161). Mas, independente da provocação do Ministério Público, a polícia pode e deve investigar sobre fatos puníveis e tomar as providências necessárias para evitar o desaparecimento dos vestígios, ou melhor, para prevenir o obscurecimento do caso (*um die Verbunkelung der*

Sache zu verhuten), conforme o § 163 (TORNAGHI, 1967).

Pode-se afirmar que a condução das investigações e a supervisão direta da atividade policial são de responsabilidade do Ministério Fiscal e que a atividade policial recebeu algumas modificações na fase de investigação em razão dos crimes praticados pelas organizações criminosas e a repressão à atividade terrorista. Mas, ainda sim, conservaram-se as linhas originais, a ponto de se permitir ao inculcado apresentar defesa contra as provas coligadas, como se discutirá mais adiante.

A composição atual da Justiça alemã difere em muito da composição da Justiça brasileira, pois há número menor de órgãos que compõem o chamado “Poder Judiciário Alemão” e participação de juízes leigos (escabinos) na composição dos tribunais. O Ministério Fiscal é, na prática, um órgão judicial, embora suas decisões não façam coisa julgada, mas o Ministério assume, em alguns procedimentos, poderes judiciais.

Pode-se identificar a estrutura organizada em órgãos inferiores, Tribunais de *Land*, Tribunais Superiores e, finalmente, Supremo Tribunal Federal. Mais detalhadamente, tem-se:

- a) Os órgãos inferiores, os *Amtsgerichte*, compostos por:
 1. Juiz Penal, órgão jurisdicional unipessoal, competente para julgar crimes apenados com penas privativas de liberdade de até um ano; e
 2. Tribunal dos Escabinos, órgão colegiado composto por um ou dois magistrados e pelos escabinos.
- b) Os Tribunais de *Lands*⁴⁸, formados por um grupo de quatro câmaras criminais, compostos por:
 1. Pequena sala penal composta pelo presidente do tribunal e por escabinos;
 2. Grande sala penal, com três juízes de carreira, o Presidente do Tribunal e os escabinos;
 3. O tribunal do Júri, composto por três juízes profissionais, pelo Presidente do Tribunal e pelos escabinos;
 4. Câmaras Penais com competência específica, distribuídas em três unidades: Proteção do Estado, Penal Econômica e Menores.
- c) Os Tribunais propriamente Superiores que, em matéria penal, são órgãos superiores aos *Lands*. Nos tribunais superiores não há participação de leigos. Também são divididos em Câmaras:
 1. Câmara penal para cassações e queixas, composta por três juízes;

⁴⁸ Não há termo equivalente na legislação brasileira que se equipare ao termo “Land”.

2. Câmara criminal de primeira instância, composta por cinco juízes técnicos.

d) O Supremo Tribunal Federal para assuntos civis e penais é o órgão máximo da jurisdição alemã para a revisão das causas penais.

Para a moderna doutrina e jurisprudência do processo penal alemão, não há que se falar mais em parte formal do processo. Há muito foi resolvida tal discussão pelos processualistas alemães, que preferem adotar a designação de participantes ou partícipes. Ademais, como sujeito processual considera-se o autor privado, o réu e o tribunal, na linguagem exata da StPO.

O Ministério Fiscal é uma autoridade da Administração da Justiça e não faz parte do processo penal. Muitos pesquisadores e comentaristas mais conservadores consideram absurda a ação de despir o poderoso “órgão oficial da acusação” de sua roupagem mítica de “dono da ação penal”. Entretanto, não se compartilha, nesta investigação acadêmica, desse ponto de vista, denominado mesmo como heresia processual pelos mais tradicionalistas, para os quais dever-se-ia manter a percepção desfocada de que o Ministério Público necessariamente deve fazer parte do processo penal brasileiro e encerrar as atribuições constitucionais reservadas aos membros do Ministério Público em conceito limitado. Considera-se que a razão não lhes assiste, pois como o Ministério Público atua de forma não-interessada no processo, sua função pública não lhe permite agir processualmente para resguardar qualquer “interesse” e sim, velar pela exata aplicação da lei e auxiliar no esforço de “promover a justiça”.

Ainda em relação ao Ministério Fiscal, na Ordenação Processual Penal alemã, aquele assume a conotação de quase-magistrado, apesar das suas decisões não serem atingidas pela coisa julgada, como já dito. A Polícia, o Juiz Investigador e as autoridades (peritos, intérpretes, legistas etc) que prestam ajuda judicial ao Fiscal, na StPO são considerados os seus auxiliares.

A Polícia assume como função evitar o retardamento da investigação, com a finalidade de recolher os elementos necessários à comprovação da existência do crime e enviar, imediatamente, o resultado da investigação ao Ministério Fiscal. Deve, ainda, praticar todos os atos ordenados pelo Fiscal. Nos crimes de menor potencial ofensivo, como os apenados com detenção, a Polícia investiga de ofício e, depois, remete o resultado das informações diretamente ao Ministério Fiscal.

O Juiz Investigador atua na fase da investigação. Não existe um Juiz Instrutor no processo penal alemão na fase investigatória, como acontece no processo penal francês. O Juiz investigador verifica se as medidas requeridas pelo Ministério Fiscal são, juridicamente,

pertinentes, sem que haja exame formal do mérito de uma possível ação. É expressamente vedada pela Ordenação Processual alemã a realização de quaisquer exames de mérito, por parte do magistrado, nesse instante processual. Segundo a firme jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, não há atividade de jurisdição, quando da atuação do magistrado nessa fase e, se houver, configurar-se-á atividade de cunho meramente administrativo.

Pode o Juiz Investigador praticar os seguintes atos, nessa fase:

- a) Por iniciativa própria, pode agir se houver perigo ou demora no recolhimento da prova. É o caso dos atos de urgência;
- b) Sua intervenção é indispensável para que se produza juridicamente a interrupção da prescrição e para que sejam assegurados os meios de prova. Nesses casos, a lei autoriza a sua intervenção para: interrogar testemunhas e peritos sob juramento; ordenar a retirada provisória de permissão de conduzir; e, ordenar a prisão provisória e internação provisória, seqüestro e o embargo; buscas pessoais etc.

Os levantamentos de informações relativos à pessoa do acusado ficam a cargo de investigadores que não pertencem aos quadros da polícia. São funcionários públicos que atuam junto ao gabinete do Ministério Fiscal, que auxiliam recolhendo informações referentes à vida pregressa do acusado. Nesse particular, há certa semelhança com o Código de Processo Penal brasileiro, art. 6º, IX, o qual estabelece que, durante a tomada de providências visando à instauração da investigação criminal, a autoridade policial deve proceder a levantamento de informações que possa subsidiar a arrecadação de provas indispensáveis à identificação do perfil do investigado.

Apesar de ser o direito de acusar exclusivo do órgão Ministério Fiscal, a StPO admite que, em algumas hipóteses, haja iniciativa particular ou privada em promover a ação penal por parte do ofendido, em especial, nos casos de delitos de menor gravidade, nos quais prevaleçam questões pessoais, familiares e íntimas, conforme o § 374, ap. (1), StPO. Podem promover a ação privada: o ofendido (§ 374, ap. (1) StPO); as pessoas que a lei autoriza substituí-lo, em caso de ausência, (§ 374, ap. (2) StPO e §194, 232, 77 ap. (2)); e, em caso de incapacidade processual do ofendido (§ 374, ap. (3), StPO).

Nas ações penais públicas, de forma restrita, o ofendido, ao lado do Ministério Fiscal, poderá intervir com vistas ao ressarcimento causado pelo delito. Frise-se que, teoricamente, a lei admite certo controle da atividade desenvolvida pelo Ministério Fiscal caso se dê tal intervenção perpetrada pelo ofendido ao longo do processo.

A questão da indenização oriunda do delito pode ser proposta em meio ao próprio processo penal que discute o fato delituoso por parte da vítima, ou, na sua ausência, por seus familiares, conforme autoriza a StPO. No entanto, tal medida não é a mais utilizada por parte dos advogados, pois há receio de que se instaure confusão no processo, levando à rejeição da ação civil, sem que haja a possibilidade de se debater com profundidade a questão emergente da responsabilidade civil. Recorre-se, com certa frequência, à propositura de ação, de forma isolada, no juízo civil, por questões de segurança.

Na Ordenação Processual alemã, o acusado é, pois, considerado como o imputado, e,

O imputado é, por um lado, objeto da coação estatal, nisto que contra a sua vontade se adotam, no processo penal, uma série de medidas que afetam sua liberdade pessoal, por exemplo, a prisão provisória ou, inclusive sua integridade física, por exemplo, na coleta de sangue para exame; por outro lado, [o imputado] enquanto é objeto dos atos de investigação, é, também meio de prova (COLOMER, 1985, p 77).⁴⁹

A doutrina processual penal alemã se esforça em conferir ao imputado todos os direitos que lhe possibilitem a mais ampla defesa possível. Nesse sentido, trabalha a doutrina alemã com a classificação da defesa em participação ativa e passiva. A participação ativa consiste em assegurar ao imputado o direito constitucional da audiência. Segundo a StPO, são também considerados como os principais direitos ativos do imputado: eleger o seu defensor ou solicitar a sua nomeação de ofício; estar presente quando da elaboração da provas; solicitar a prática de provas, quando comunicado por escrito pelo Ministério Fiscal; e, apresentar requerimento para elaboração de provas. Já, o direito de participação passiva consiste na liberdade para confessar ou não, sendo vedado o aproveitamento de confissão obtida ilicitamente; a preservação da integridade física do acusado e a manutenção de sua dignidade frente aos meios de informação.

Quanto ao advogado de defesa, tem-se que:

O direito de defesa é um dos temas processuais mais polêmicos e recorrentes na atualidade, não somente porque, em sua regulamentação, transparece, distintamente, os reflexos de um Estado de Direito ou Estado Ditatorial, senão, porque, também, na antiga República Federal da Alemanha tentou-se modificar a regulamentação processual penal em virtude do tratamento judicial de terroristas, e as graves

⁴⁹ Minha tradução de: “El imputado es objeto de la coacción estatal, por un lado, dado que contra su voluntad se adoptan en el proceso penal una serie de medidas que afectan a su libertad personal, v. gr., la privoisional, o, incluso, a su integridad física, v. gr., la extracción de sangre; y de otro, en cuanto objeto de actos de investigación, es también un medio de prueba”.

repercussões que suscitaram na questão do direito de defesa (COLOMER, 1985, p. 79).⁵⁰

Segundo a StPO, § 137⁵¹, o exercício do direito de defesa é admissível em todas e em cada fase do processo. A lei processual estipula em quais momentos a defesa é obrigatória, para que o acusado a utilize, com a assistência do defensor, e divide-a em defesa necessária e defesa voluntária. A defesa é necessária quando há nomeação de defensor para praticar atos, e voluntária, quando o próprio acusado elege defensor para defendê-lo no curso do processo.

O defensor técnico, durante a sua atuação profissional, vincula-se à verdade e à justiça; e obriga-se a: falar em favor do acusado; manter o sigilo das informações que lhe forem confiadas pelo acusado; não mentir; não falsificar os meios de prova; e não proceder à manipulação dos fatos. São direitos do defensor: desenvolver, da forma mais ampla o seu mandato; realizar investigações próprias, se necessário; fazer-se presente em todos os atos da investigação judicial e dos atos realizados pelos auxiliares do Ministério Fiscal, quando da investigação por esses realizada; examinar os autos em qualquer fase dos procedimentos; comunicar-se oralmente ou por escrito com o inculpaado ou acusado, exceto quando se caracterizar crime previsto na Legislação Antiterrorista.

Denominam-se medidas coercitivas de urgência e antecipatórias (cautelares) aquelas que atingem a liberdade do acusado, o seu patrimônio ou de terceiro envolvido na ação delituosa. Ao serem impostas, as medidas coercitivas levam em consideração o texto constitucional no que diz respeito às garantias de preservação da intimidade; privacidade e integridade física do inculpaado, seja por determinação do Juiz, do Ministério Fiscal, dos auxiliares do Ministério Fiscal, dos auxiliares da polícia seja do cidadão particular. Subdividem-se em seis tipos, a seguir descritos.

1. Medidas contra a liberdade pessoal:

- i. condução coercitiva regulamentada na StPO §§ 133 a 135, admissível nos casos em que cabe a prisão;

⁵⁰ Minha tradução de: “El derecho de defensa es uno de los temas procesales más polémicos y vivos en la actualidad, no solo porque en su regulación puede verse perfectamente el reflexo de un Estado de Derecho o dictatorial, sino porque también la Republica Federal de Alemania há debido nodificar su regulación procesal penal como consecuencia del enjuiciamiento de terroristas, lo cual há conllevado graves respercusiones em punto al derecho de defensa”.

⁵¹ § 137, da StPO [Eleição de um defensor] “(1) O inculpaado poderá servir-se em cada fase do processo da ajuda de um defensor. O número dos defensores eleitos não poderá ultrapassar a três”. (2) Se o inculpaado possuir representante legal, também poderá este escolher independentemente um defensor. Regerà analogamente o parágrafo (1), segunda frase”.

- ii. mandado de busca e captura ou carta de encarceramento para os casos de entrega do imputado foragido ou escondido, em que a StPO § 131 aponta ser necessária a ordem de prisão;
 - iii. detenção provisória, nas situações em que, antes de o Juiz determinar a expedição de ordem de prisão, o imputado puder ser detido provisoriamente por qualquer um do povo, pela polícia ou pelo Ministério Fiscal. São três os casos em que ocorre a detenção provisória: detenção em flagrante; detenção oficial para identificação realizada pelo Ministério Fiscal ou polícia; e, detenção para cumprimento de ordem de prisão ou internação;
 - iv. prisão provisória, considerada a de maior importância. Tem natureza cautelar, de forma a garantir a presença do imputado em todas as fases do processo penal, para tal, privando-o de sua liberdade. Nos termos da StPO § 112, ap.(2), 1 e 2 StPO; serve também para garantir a execução penal. A medida é extrema e demanda que seja examinado o critério da proporcionalidade. O Juiz ou o Tribunal, para decretar essa medida, deve examinar os pressupostos materiais e formais. Os pressupostos materiais envolvem: a suspeita da existência do crime; o motivo da prisão; o perigo de desaparecimento das provas; e o perigo de reiteração de condutas. Os pressupostos formais envolvem a existência de uma ordem de prisão e a condução coercitiva do preso até a presença do juiz para serem realizados três atos: comunicação de sua prisão a um familiar ou pessoa indicada pelo imputado; interrogatório do imputado; e o exame da manutenção ou não da medida coercitiva⁵²;
 - v. internação em hospital psiquiátrico;
 - vi. medidas de identificação e de registro (verificação da identidade; medidas adotadas pelo Serviço de Identificação; postos de controle e registro pessoal);
 - vii. retirada provisória para a condução de veículo;
 - viii. medida coercitiva contra terceiro, como por exemplo, a extração de sangue.
2. Medidas contra a integridade física: mesmo em caso de perigo ou urgência, tais medidas devem ser expressamente autorizadas por um juiz. Envolvem a possibilidade de levar o imputado ao comissariado ou a uma unidade hospitalar, com a finalidade de se realizarem

⁵² Pode-se buscar comparação mais amíuade com a prisão preventiva do Processo Penal brasileiro, pois essa, para ser decretada, apresenta exigências semelhantes às normas do Direito Processual Penal alemão, acima expostas. A duração da custódia é seis meses, em regra, admitida exceção, por exemplo, quando se encontrem dificuldades para investigar o fato, ou no caso de justo motivo que impeça o juiz de prolatar a sentença. Em nenhuma circunstância, no entanto, poderá exceder ao prazo de um ano.

exames. Os exames só podem ser realizados por médicos que atuem como peritos. A polêmica em torno dessas medidas está em saber se o imputado deve ou não se sujeitar a esses exames. A jurisprudência entende que o imputado deve manter postura passiva diante da obtenção dessa prova, ainda que seja produzida de forma contrária a seus interesses.

3. Medidas contra o direito de propriedade: seqüestro dos objetos que interessam ao processo como meio de prova. O seqüestro pressupõe fundada probabilidade de existência de crime e possível condenação. Há imposição da medida quando da condenação do imputado.
4. Medidas que afetam o direito doméstico: via de regra, o domicílio é inviolável, mas admite-se que haja violabilidade em caso de captura do autor do fato e de obtenção de meio de provas, conforme a StPO §102 e seguintes. A condição estabelecida pela Ordenação Processual alemã exige que a decretação seja calcada, necessariamente, na existência de fundadas suspeitas. A autoridade competente para determinar a ordem é o Juiz, ou em caso de urgência máxima, o Ministério Fiscal ou um dos seus Auxiliares. É necessário que o investigado conheça os motivos pelos quais a ordem deverá ser cumprida, conforme § 105, ap (1) StPO. Ao ser cumprida, a medida deve contar com a presença do investigado ou, na sua ausência, de um de seus familiares. Ao final, ser-lhe-á comunicado se foi ou não encontrado algum objeto que constitua meio de prova.
5. Medidas contra o segredo postal e as telecomunicações: essas medidas constituem uma variação de medida cautelar voltada para restringir o direito de propriedade do inculpaado. Destacam-se:
 - i. Seqüestro postal: Medida em regra determinada pelo Juiz e, excepcionalmente, determinada pelo Ministério Fiscal, em caso de extrema urgência. Após a expedição pelo Ministério Fiscal, o juiz é imediatamente comunicado. A Polícia é proibida de realizar tal diligência por iniciativa própria;
 - ii. Controle das gravações e das telecomunicações: a instauração dessas medidas exige que se verifiquem os seguintes pressupostos:
 - a. fundada suspeita de que alguém seja autor ou partícipe, de ter cometido delitos muito graves, políticos ou militares, conforme o § 100 a, da StPO;
 - b. adotada somente se as demais medidas não obtiverem êxito;
 - c. possibilidade de atingir terceiros;
 - d. ser decretada, necessariamente, pelo Juiz. Porém, o Ministério Fiscal pode determinar sua realização, em caso de necessidade extrema e, posteriormente, submeter à apreciação do Juiz que, no prazo máximo de 3 dias, a aprovará ou não.

- iii. Seqüestro de envios postais e outros materiais na Aduana. Os funcionários da Aduana têm a faculdade de examinar objetos como, por exemplo: filmes, livros fotocópias, e outros artigos que passem pela aduana, a fim de resguardar a segurança do Estado.
6. Medidas contra o livre exercício profissional: medida cautelar que só pode ser determinada pela autoridade judicial sob fundadas suspeitas de que o imputado poderá ser condenado ao final do processo. Atinge o exercício de profissão ou especialidade.

Em geral, as regras que regem a produção de provas no Processo Penal alemão são as mesmas encontradas no Processo Penal brasileiro. Nesse item, a Teoria da Prova na Alemanha não conheceu avanços dignos de nota, a não ser, no que diz respeito à relativa liberdade probatória conferida ao imputado nas diversas fases procedimentais. Entretanto, identificam-se equívocos clássicos, até mesmo no conceito de prova, como cita Juan-Luis Gómez Colomer, em seu manual, ao aludir à doutrina alemã:

No Direito Processual Penal alemão, se utiliza dos conceitos probatórios de significado e alcance distintos. De um lado está a prova, ou seja, aquele meio ou objeto que ‘proporciona ao Juiz o convencimento acerca da existência de um fato’ e, de outro, está a justificação (ou crença) exigida pela lei, em diferentes ocasiões, que não pretende convencer o juiz acerca da existência de um fato, mas, simplesmente proporcionar um dado que consiste em mera probabilidade de que o fato pode ter ocorrido. (COLOMER, 1985, p. 128).⁵³

Retomar-se-á, nesta pesquisa, a este tema, por ocasião do exame das fases procedimentais, à frente. Todavia, entende-se necessário aproveitar essa oportunidade e trazer à colação o conceito hodierno de Rosemiro Pereira Leal:

É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição de conceito em abstrato ou vice-versa. Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação da prova e persuasão racional como critério racional de convicção, porque a ‘ratio’ nas democracias não é dos leitores da prova, mas de categorias lógicas do discurso legal popular. A fonte da razão já está no povo real e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decididor. Daí, imprestáveis os clichês de que ‘a prova é o farol do juiz’ (Ordenações Filipinas) ou que a prova é ‘instrumento(?) por meio (?) do qual se forma a convicção do juiz’ (LEAL, 2005b, p. 51).

⁵³ Minha tradução de: “En el Derecho Procesal penal alemán se utiliza dos conceptos probatorios de significado y alcance distintos. Por un lado está la prueba, es decir, aquel medio u objeto que “proporciona al Juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho”, por otro está la justificación (o acreditamiento), exigida por la Ley en diferentes ocasiones, que no pretende convencer al Juez acerca de la existencia de un hecho, sino simplemente proporcionarle un dato en el que consiste la mera probabilidad de que ese hecho puede haber ocurrido”.

Digna de nota é a posição que ocupa o imputado no panorama relativo à produção de provas na Ordenação Processual Penal alemã. Verifica-se certo cuidado em dotar o imputado ou cidadão de maior direito de defesa, quando da produção de provas:

A doutrina e a jurisprudência alemãs atribuem ao inculpado (inocente) uma dupla posição jurídica: de um lado é, evidentemente participante processual, mas de outro, também meio de prova, certamente de forma distinta, via de regra, como testemunha, porque o inculpado não pode ser obrigado a declarar contra si mesmo como testemunha ou se reconhecer culpado (art. 14, ap. (3) do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos). A posição do inculpado (inocente) a respeito da prova exige considerar sua obrigação de comparecer, e o conteúdo e técnica de seu interrogatório (COLOMER, 1985, p. 138).⁵⁴

A fase de averiguação ou procedimento preparatório é a fase inicial do processo penal alemão. Como fase sumária, cuida de levar ao conhecimento do Fiscal as informações necessárias à formação de convicções a respeito da necessidade de provável arquivamento ou propositura de uma ação penal.

O processo penal germânico inicia-se através de um dos seguintes atos:

1. Conhecimento do fato delituoso por parte da Polícia ou do Fiscal, com início das atividades investigadoras;
2. Denúncias penais apresentadas por particulares ou funcionários públicos, por escrito ou oralmente ao Fiscal, à Polícia ou a um dos funcionários do Fiscal;
3. Solicitação de persecução penal por qualquer pessoa que leve ao conhecimento do Tribunal ou do Fiscal a existência de fato delituoso, cuja ação penal seja pública incondicionada para que a investigação tenha início.

Como se viu, basta a simples suspeita para que a investigação se inicie, ou na versão do §§ 170, ap. (1) e 203⁵⁵, da StPO, basta que haja “suspeita suficiente”. A fim de promover o início da investigação, o Ministério Fiscal deverá se orientar por um dos seguintes fundamentos:

⁵⁴ Minha tradução de: “La doctrina y jurisprudencia alemanas atribuyen al inculpado una doble posición jurídica. De un lado es, evidentemente, participante procesal, pero de otro es también medio de prueba, ciertamente de forma distinta, v. gr., al testigo, porque al inculpado no puede ser obligado a declarar contra si mismo como testigo o a reconocerse culpable [art. 14, ap. (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. La posición del inculpado respecto a la prueba exige considerar su obligación de comparecer, y el contenido y técnica de su interrogatorio”.

⁵⁵ “§ 170 [Exercício da ação pública: arquivamento do processo]. (1) Se as investigações oferecerem suficientes motivos para o exercício da ação pública, o exercerá o Fiscal, por meio de apresentação por escrito de acusação perante o Tribunal.

§ 203 [Auto sobre a instauração de processo]. O Tribunal acordará sobre a instauração de procedimento preparatório, apresentará ao imputado suficientes suspeitas de um fato punível”.

1. Preservação do material probatório indispensável à demonstração da autoria e materialidade do delito;
2. Providências para as investigações necessárias à apuração dos delitos considerados relevantes;
3. Consignação nos autos, durante a investigação, das provas indispensáveis, não só para a demonstração de existência do crime, como também aquelas excludentes que beneficiem o imputado.

O processo preparatório é secreto, porém, o imputado e seu defensor, em determinados casos, têm o direito de estarem presentes em vários atos da fase preparatória, como por exemplo, no interrogatório das testemunhas. O defensor conserva o direito de consultar os autos relativos ao procedimento preparatório. A partir do encerramento da investigação, a defesa é indispensável e tem amplo acesso a todo material investigado. Se o imputado não possuir advogado, ser-lhe-á nomeado um.

Ao término da fase preparatória, o Ministério Fiscal tem duas opções: arquivar o procedimento ou exercer o direito de ação. Os motivos que suscitam o arquivamento são os relativos à falta de provas suficientes que denunciem a existência do delito; à atipicidade e às causas de extinção de punibilidade, com ênfase na prescrição. O arquivamento não faz coisa julgada. Idêntica observação se pode fazer quando se dá o arquivamento do inquérito policial no Brasil, pois também não há incidência de coisa julgada.

Em relação aos efeitos do exercício de ação na StPO, observa-se: litispendência, começo da cognição judicial e fixação do objeto do processo. Na determinação do foro do delito, em regra, o critério vigente no Processo Penal alemão é o do lugar do domicílio do acusado e não o lugar da infração, conforme já se observou.

O instituto denominado “forçar a acusação” é disciplinado nos §§ 172 a 177, da StPO. Não há na atual legislação processual penal brasileira algo similar. O que se observa é que, uma vez deferido o arquivamento, em especial, por ser o fato atípico, não pode o ofendido recorrer ao Tribunal de Justiça para que force o Ministério Público a oferecer denúncia. No Brasil, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, versão de 2000, permite à vítima recorrer contra a decisão de arquivamento expedida pelo Ministério Público, ao Conselho Superior da própria Instituição para que a referida promoção seja objeto de análise e mesmo de revisão. Ademais, inexistente, no processo penal pátrio, a possibilidade de se conferir à vítima direito à ação penal privada subsidiária, muito antes pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 523 o proibiu taxativamente.

Já, na Ordenança Processual alemã é possibilitado ao ofendido, e somente a esse, requerer ao Tribunal que examine se o Ministério Fiscal cumpriu ou não o princípio da legalidade, ou seja, se deixou de promover a ação penal dentro dos parâmetros razoáveis, como se dá nos casos de ausência de provas ou atipicidade. Esse dispositivo processual é exclusivo para as ações públicas.

Na seqüência, “finalizando o processo preparatório, se inicia a denominada fase intermediária, na qual, além dos outros atos a que se referiu brevemente, se deve ditar fundamentalmente a resolução sobre a abertura do procedimento principal” (COLOMER, 1985, p. 156)⁵⁶. A finalidade dessa fase, segundo Claus Roxin (2003, p. 134)⁵⁷, é averiguar se existe suspeita suficiente para imputar a uma pessoa o fato punível investigado, e, por isso, tem “função de controle negativo”.

Recebida a acusação, por escrito, o Presidente do Tribunal tomará as seguintes medidas:

1. Comunicação ao imputado, por escrito, da acusação;
2. Convite ao imputado para declarar se apresenta ou não provas ou reclamações contra a abertura do processo principal;
3. Nomeação de advogado. Para aqueles que não puderem arcar com os custos de um advogado, o Presidente do Tribunal providenciará a nomeação de um defensor.

Após serem tomadas as providências acima especificadas, o Tribunal decide se acolhe ou não a acusação escrita. Caso positivo, determina a realização das provas que se fizerem necessárias. Finalizado o procedimento, determinar-se-á, ou não, a abertura do procedimento principal: em caso de um juízo positivo haverá a instauração do processo, noutro norte, no caso de juízo negativo não haverá a abertura do processo principal. Quando não houver necessidade de ser promovida a ação penal, ocorre o arquivamento.

Para que haja abertura do processo principal é necessário que o Tribunal tenha se convencido de que há indícios suficientes para a condenação do imputado. No entanto, há possibilidade de o Tribunal dar ao fato a definição jurídica que entender ser correta. Também, no caso de haver incorreção relativa à competência, pode o Tribunal dar a designação correta. Cabe, ainda, ao Tribunal, deliberar a respeito da manutenção ou não da prisão ou internação provisória.

⁵⁶ Minha tradução de: “Finalizando el procedimiento preparatorio, se entra en el denominado por la doctrina alemana procedimiento intermedio, en el que, además de otros actos a los que nos referiremos brevemente, se debe dictar fundamentalmente la resolución sobre la apertura del procedimiento principal [§§ 199 a 211 StPO]”.

⁵⁷ Esta obra é uma das mais atualizadas no estudo da Ordenança Processual Penal Alemã, atualmente.

Concluídos os procedimentos preparatório e o intermediário, a ação entra

[...] na terceira fase do processo penal alemão que é a mais decisiva, por ter lugar nela a cognição judicial, o julgamento do acusado. Esta fase é chamada de procedimento principal, mais exatamente, procedimento principal em primeira instância. O procedimento principal é regulado no Livro II da StPO, em separado quarto a sétimo §§ 207 a 275, iniciando-se com o auto de abertura do procedimento principal e terminando com o pronunciamento de sentença. Consta das seguintes grandes fases:

1. A preparação da audiência ou série de atos ordenados legalmente para que possa ter lugar a audiência principal ou parecer oral, no sentido estrito;
2. A audiência principal, na qual se dá com toda força o princípio da oralidade e dos que dele se derivam. Este ato começa com a chamada da causa e termina com a finalização do ato oral, senão com a publicação da sentença (§ 260, ap. (1) StPO);
3. A fase decisória ou de sentença [...] Mas, entenda-se bem, a fase da sentença que faz parte da audiência principal.

Ao procedimento principal se segue, uma vez ditada a sentença, a fase impugnatória, e no caso necessário da execução se existir condenação definitiva.. (COLOMER, 1985, p. 162).⁵⁸

Na preparação da audiência principal, são tomadas providências, por parte do Tribunal. Primeiramente, a determinação da data, o que cabe ao Presidente do Tribunal, respeitando a exigência legal do intervalo mínimo de uma semana entre a citação do acusado e a audiência.

Também, a determinação para que se procedam as citações, com obrigatoriedade da citação do imputado e de seu advogado para a audiência inicial. A lei processual penal alemã estabelece duas formas de citação para o acusado: preso, preventivamente, ou em liberdade. Citam-se também os peritos, as testemunhas e o Ministério Fiscal. Este último é citado, de ofício, pelo Tribunal.

O Tribunal determina a definição dos meios de provas. As partes podem solicitar que sejam levados para a audiência os meios de provas que interessam ao processo, a fim de demonstrar as suas alegações.

Além dessas etapas, proceder-se à comunicação da composição do Tribunal, pois o

⁵⁸ Minha tradução de: “Desarrollados ya el procedimiento preparatorio y el procedimiento intermedio, y manteniéndose la acción, se entra en la tercera fase del proceso penal alemán, que es la más decisiva por tener lugar en ella la cognición judicial, el enjuiciamiento del acusado. Esta fase es el llamada procedimiento principal, más exactamente, el procedimiento principal em primera instancia. El procedimiento principal viene regulado en el libro II de la StPO, Apartados Cuarto a Séptimo, §§ 207 a 275, iniciándose con el auto de apertura del procedimiento principal, y terminando con el pronunciamiento de la sentencia. Consta de las siguientes grandes subfases: 1ª) La preparación de la vista, o serie de actos ordenados legalmente para que pueda tener lugar la vista principal o juicio oral em sentido estricto; 2ª) La vista principal, en la que se da com toda su fuerza el principio de oralidad y los que de él se derivan. Este acto comienza con la llamada de la causa y termina, no com la finalización del acto oral, sino con la publicación de la sentencia [§ 260, ,ap. (1) StPO]; y 3ª) La fase decisoria o de sentencia, que por su importancia estudiaremos separadamente en el parágrafo siguiente. Pero, entiéndase bien, la fase de sentencia forma parte de la vista principal. Al procedimiento principal sigue, una vez dictada sentencia, la fase impugnatória, en su caso, y la de ejecución de existir condena firme”.

juízo pode se dar no Tribunal de *Land* ou no Tribunal Superior de *Land*; e à produção antecipada de provas, prevista para os casos nos quais a testemunha ou peritos não possam comparecer à audiência no dia apurado em razão de enfermidade, grave risco de morte ou provável perecimento do objeto de prova.

Ao final da audiência, há o pronunciamento a respeito do mérito da causa, resultando na absolvição ou condenação do imputado.

Há dois princípios que regem a audiência principal: a oralidade e a imediação. Durante a audiência é dada ênfase à oralidade, no sentido de privilegiar a obtenção de prova mais rapidamente, a fim de que o juiz togado ou os escabinos possam formar melhor entendimento acerca da culpabilidade do imputado e, posteriormente, o magistrado possa impor medida que entenda cabível para a espécie. Em relação à imediação, a Ordenança Processual alemã reza a necessidade de não se alongarem, desnecessariamente, as audiências, para não estorvarem a concretização do esforço da Justiça. Aliás, recomenda-se que na própria audiência ocorra a instrução e o julgamento. Somente em causas de maior complexidade que envolva a apuração de delitos mais graves; a participação de vários acusados; e alguma dificuldade em se entender a prova, poderá o Tribunal, se assim o julgar, suspender a audiência e marcar nova data para a sua continuidade.

Durante a audiência e ao longo de todos os procedimentos, não é permitida a prova ilícita. A prova ilícita não é tolerada, também, pela Ordenança Processual Penal alemã, salvo nos casos em que beneficie o imputado. Idêntica é a disposição legislativa encontrada no Direito Processual Penal brasileiro. Explica-se tal preocupação em razão de não se dilatar o aspecto da defesa, mas também de se evitar a possibilidade de erro judiciário.

Há preocupação em se evitar discussão desnecessária ao redor do chamado “fato notório”, pois esse independe de qualquer espécie de prova.

Evitar a procrastinação é outra preocupação da Ordenança Processual Penal alemã. O adiamento do julgamento é visto como algo preocupante, na medida em que justiça tardia é injustiça. O Tribunal pode e deve tomar todas as providências, assim como os juízes, para evitar o adiamento desnecessário da prática de quaisquer atos processuais, em especial a audiência principal.

O Ministério Fiscal e o acusado podem interpor recursos ordinários e extraordinários. Os ordinários são aqueles que visam a impugnar decisões provenientes das sentenças dos juízes e dos Tribunais e, os extraordinários, a atacar a coisa julgada nas suas variadas manifestações. Dentre os ordinários encontram-se a queixa; a apelação; a cassação e a

oposição contra ordem judicial. Dentre os extraordinários destacam-se a revisão; a reposição ao estado anterior; a queixa constitucional e a queixa prevista no art. 25 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Examinam-se, sucintamente, os principais recursos, a saber, a queixa, a apelação e a cassação ou recurso de revisão.

1. Queixa: recurso cabível contra as decisões judiciais que se perfilam na categoria de sentenças e ou das providências determinadas pelos Presidentes dos Tribunais. Além do Ministério Fiscal e do imputado, qualquer pessoa que seja atingida por tais decisões e providências está legitimada a interpor esse recurso;
2. Apelação: recurso utilizado como recomenda a Ordenança Processual Penal alemã, no seu § 312⁵⁹, que afirma que a apelação é cabível somente contra as sentenças dos *Amtsferichte*, ou seja, dos Juízes Penais e do Tribunal de Escabinos. A competência para julgar o recurso oscila: se a decisão objeto de impugnação é proveniente de uma sentença do juiz penal é competência da Pequena Câmara do Tribunal de Apelação e, em sendo decisão do Tribunal de Escabinos competente, é da Grande Câmara do Tribunal de Apelação;
3. Cassação ou recurso de revisão: recurso limitado em que se examinam estritamente questões de direito provenientes de outro recurso, quando há demonstração efetiva de violação da lei. O recurso pode ser manejado contra todas as decisões do Tribunal do Júri; Tribunal de *Land*; sentenças ditas em primeira instância pelas Grandes Câmaras Penais, sentenças de apelação das Pequenas e Grandes Câmaras Penais, Juízes Penais e Tribunal de Escabinos.

Quanto à execução penal, o tema parece não empolgar o Direito e o Processo Penal, pelo entendimento da doutrina alemã de que essa área é de interesse dos criminólogos. Dessa maneira, os manuais de processo penal não dedicam ao assunto estudo mais aprofundado. Confirma-o Claus Roxin que, em seu *Direito Processual Penal*, não dedicou espaço significativo à execução penal em seus comentários. Idêntico caminho seguiu Juan-Luis Gómez Colomer (1985, p. 237), em seu manual: “A execução penal é tomada em consideração pela doutrina penal e processual penal alemã muito superficialmente, e, inclusive não é tratada em seus manuais, por ser objeto de estudo, ali, de outros especialistas,

⁵⁹ “§ 312 {Admissibilidade} Será admitida a apelação contra as sentenças dos Juízes Penais e do Tribunal de Escabinos”.

fundamentalmente dos criminólogos”.⁶⁰

O processo penal alemão se destaca dos demais europeus pela sua clareza e objetividade. Apesar de conservar uma fase preliminar, são claras as funções desempenhadas pela polícia judiciária e sua subordinação ao Ministério Fiscal durante a investigação. Não se pode deixar de mencionar, também, o respeito às garantias constitucionais ao investigado, já na fase preliminar. Outro destaque é a atuação do profissional do Direito, nessa fase, o qual possui amplos poderes para representar o seu constituído, a ponto das provas colhidas não poderem lhe ser sonegadas, a título de preservação do interesse público. Em relação à divisão da organização judiciária é nítida a participação dos cidadãos na composição dos tribunais superiores, o que os torna singulares no contexto europeu.

O estudo dos sistemas processuais internacionais se faz necessário para melhor compreensão das mazelas existentes no Código de Processo Penal brasileiro, e, notadamente no capítulo dedicado à investigação criminal, a inconstitucionalidade das provas colhidas frente à perspectiva de um devido processo legal. O esforço de tal abordagem se faz no sentido de reunir informações a fim de se demonstrar que é possível conceber estrutura que não seja regida pelos rígidos parâmetros do sistema inquisitório, os quais se tornam impedimentos à ampla defesa e ao contraditório.

⁶⁰ Minha tradução de: “La ejecución penal es tomada en consideración por la doctrina penal y procesal penal alemana muy superficialmente, o, incluso, no es tratada en sus manuales, al ser objeto de estudio allí por otros especialistas, fundamentalmente por los criminólogos”.

6 A OBTENÇÃO DE PROVA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal brasileiro criou um único conjunto de normas com vistas à obtenção de prova, seja na fase pré-processual, seja na judicial. O legislador pátrio, no capítulo referente à prova, criou dispositivos comuns a ambas as fases. Se a opção legislativa teve por objetivo evitar a repetição de experiências mal sucedidas em legislações anteriores, a atual pecou em concentrar poderes excessivos na autoridade judiciária, de tal sorte que o Juiz pode e deve intervir na persecução penal em juízo e *extra judicio*. O modelo é sem dúvida, o de juiz inquisidor ou do “super-juiz”. Sustentam esses ícones, os mitos da verdade real e do impulso oficial.

Existe, sem dúvida, como o afirma Rosemiro Leal (2005b, p. 191), descaso dos legisladores no tratamento dado ao tema relativo à prova. Tal realidade também é aplicável ao processo penal. Cita-se o ilustre autor neste particular, novamente:

[...] Já tivemos oportunidade de argumentar que a prova não é evidência em si mesma, sequer seria, como quer o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ‘uma espécie de simpatia capaz de gerar confiança’. Aliás, o descaso pela teorização adequada do instituto da prova decorre, em nossos tempos, da propagação ordálica de que existe o ‘primado do direito’ que se faz pelo juiz realizador da Justiça, sendo o processo ‘um sistema de óbices e dificuldades’ criado pelo legislador. [...].

Além dos malefícios causados ao processo penal pelo chamado Princípio da Verdade Real, constata-se que esse só contribuiu para a manutenção e justificativa das intervenções descabidas do juiz inquisidor ao longo da persecução penal. Há de se insistir na reflexão acerca dos prejuízos causados ao interesse público por conta da adoção do sistema inquisitório no processo penal brasileiro, em especial durante a investigação criminal.

Os princípios que regem a produção de provas no Código de processo penal constituem-se em uma acepção de normas que, no dizer de Robert Alexy (1993, p. 30), são de um “tipo completamente distinto. Comandam a otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo deve ser feito conforme a lei maior, medida fática e juridicamente

possível”⁶¹. Os direitos que se baseiam em princípios são, assim, *prima facie*, no entender do autor citado.

Sem dúvida, tais princípios são diretrizes mestras que orientam um sistema jurídico e lhe inspiram valores de cunho universal, esses, por sua vez, estampados nos Pactos Humanitários presentes nas mais variadas legislações humanitárias, como as mencionadas no início deste trabalho.

A discussão, que ora se inicia neste capítulo, tem por objeto debater as conseqüências ao processo causadas pela intervenção exacerbada da autoridade judicial quando da chamada procura pela verdade real, tendo como escopo o sistema inquisitório. Assim, abre-se o debate com o papel desenvolvido pelo princípio da verdade real.

6.1 O princípio da verdade real

Examina-se, inicialmente, o alcance, no campo processual, da dicotomia da verdade real como justificativa de intervenção do magistrado durante a formação da prova. Vários tratadistas têm recorrido à metáfora de que a verdade real é um privilégio do Direito Processual Penal, ao permitir que o juiz saia a campo à procura da prova, abandonando a postura inerte e indiferente à discussão apresentada pelos contendores, para conseguir descobrir elementos que formem sua convicção. Para tanto, o juiz-investigador pode e deve se valer de poderes para conseguir seu desiderato maior: descobrir a verdade.

Considera-se tal argumento um equívoco, apesar de comum na doutrina e jurisprudência. Entende-se que dele não se libertou Alfredo Vélez Mariconde (1969, p. 175), ao avaliar que:

Tanto o processo penal como civil tendem a averiguar a verdade substancial dos fatos; mas enquanto o Juiz civil deve limitar-se a verificar as proposições das partes e há que se dar por satisfeito com a verdade aparente, formal ou convencional, que surja dessas manifestações - de tal modo que sua indagação resulta, assim, circunscrita aos fatos controversos e submetida à vontade das partes - o Ministério Público e o Juiz penal têm, por seu turno, o dever de investigar a verdade real,

⁶¹ Minha tradução de: “Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la ley mayor medida fáctica y jurídicamente posible”.

objetiva e substancial dos fatos submetidos a julgamento, para dar base certa à justiça, não obstante a confissão do acusado.⁶²

Não se pode dizer de uma verdade superior ou mais completa do que outra. Ou seja, no processo civil, o juiz se limita apenas ao que for apresentado pelas partes em suas alegações. Já, na esfera processual penal, haveria certa exigência e complexidade, na medida em que a legislação obriga o juiz a sair a campo à procura das provas, a fim de formar o seu convencimento e julgar corretamente. Em suma, obriga-se o magistrado a tomar determinados cuidados pela possibilidade de envolver a retirada da liberdade de um cidadão inocente.

Ora, a verdade é única, tanto para o processo civil como para o penal. Não existem duas verdades, uma mais verdadeira e outra menos, como bem o disse José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra, *Breves observações sobre algumas tendências contemporâneas do processo penal*. O que se deve ter em mente são os poderes anômalos conferidos pela legislação processual penal, quando permite ao juiz exorbitar sua função, travestido de órgão acusador. Tal se configura interferência indevida e descabida, caracterizando, dessa forma, processo tipicamente inquisitório.

Para finalizar a discussão, cita-se o ensaio de Eligio Resta (1998, p. 35-36) publicado na revista *Processo e Verdade*, em que se lê:

[...] Portanto, o processo e a verdade, ou o processo e a sua verdade, ou ainda, a verdade e o seu processo, individualizam campos semânticos complicados. Devemos pressupor que as grandes mudanças do direito sejam cadenciadas pelos diversos equilíbrios que se condensaram na relação entre processo e verdade. Desfeito o mito da *veritas*, a lei se apresentou ao mundo moderno como dependente da decisão do poder (e de sua ‘força’): *auctoritas, non veritas facit legem*.

⁶² Minha tradução de: “Tanto el proceso penal como el civil tienden a la averiguación de la verdad substancial de los hechos; pero mientras el Juez civil debe limitarse a verificar las proposiciones de las partes y ha de quedar satisfecho con la verdad aparente, formal o convencional que surja de esas manifestaciones - de tal modo que su indagación resulta así circunscrita a los hechos controvertidos y está sometido a la voluntad de las partes - el M. Público y el Juez penal tiene, en cambio, el deber de investigar la verdad real, objetiva, substancial de los hechos sometidos a enjuiciamiento, para da base cierta a la justicia, no obstante la confesión del imputado”.

Aos deuses que ‘abandonam a cidade’, o moderno contrapõe o conhecimento de que no direito verificam-se relações de homens com outros homens e, perante a inflação do conceito de bem, responde com o primado, melancólico, do justo sobre o bom: não escolhemos o bem mas consideramos ‘bem’ aquilo que escolhemos. O êxito é tão melancólico a ponto de sugerir a Nietzsche a imagem do direito moderno como ‘raiz errante’, à procura da origem, de um mito fundador. O “socratismo” do direito moderno não possui raízes profundas: sua ausência de fundamento o faz adquirir possibilidade, mas o condena a ser procedimento.

A dimensão do problema se torna exatamente esta. A verdade pressupõe ‘substância’ não mais palpável. Por isto, substituindo a substancialidade do bem, temos a justiça (*fairness*) dos procedimentos: *non auctoritas, sed venetas facit iudicium*. A verdade se retrai nas salas dos tribunais e em seus fascículos – o uso da metonímia é indicativo - se torna contenção lingüística, em relação à qual o juiz dará a última palavra após um ‘debate’, em uma ‘audiência’ consignada a ‘verbais’, onde, ao final, mas não muito tempo depois, pronunciará sua ‘sentença’.

A alquimia das palavras e sua precisão gramatical marcarão também o sentido de uma aposta: o da diferença do direito em relação à moral, à religião, à política, e até mesmo à ciência. Pronunciar a última palavra será tarefa exclusiva do juiz e não de um moralista, religioso ou cientista.

É chamada tecnicamente de autonomia relativa da linguagem jurídica; vale dizer que é o direito aquele que dá significado aos termos que usa, inclusive aqueles de senso comum. A esses atribuirá o mesmo significado que a linguagem comum atribui, mas somente quando assim for decidido. Por isso, deve considerar as ‘provas’ e decidir quais serão aceitas, e em quais condições, assim como o modo como deverão ser avaliadas. A livre convicção do juiz significa liberdade, mas também quer dizer interdição: isso explica a sempre difícil adequação de aquisições técnico-científicas no âmbito do processo, para o bem e para o mal. Além do mais, a longa história dos sistemas jurídicos pode ser percorrida através do jogo ‘duplo’ do ‘responder’ algo porque e enquanto ‘se responde a alguém’, é onde a ética e o diálogo se fundem (ou exatamente se ‘confundem’).

A essa longa história se liga a retração da verdade histórica na verdade processual, segundo os pontos de vista, limite definido ou poder ilimitado.

Quando o direito moderno ainda estava fundando sua verdade procedimental, a resistência ao exílio da divindade era ainda muito forte. Onde a veritas ainda não podia ser delegada aos homens por Deus, os processos eram baseados na pesquisa inquestionável da plena veritas que deveria representar o caráter infalível do juízo divino. Não se decidia pela maioria e também não se decidia enquanto não se alcançava a verdade suprema: nos tribunais da inquisição, em que o processo era secreto e a punição pública e exemplar, a incerteza se resolvia através do *indagatio per tormentum*. Auto da fé e ‘juízo de Deus’ imitavam a verdade: e hoje é ainda ‘inquisição’, e nem tanto ‘suave’, a de quem, ostentando dúbias garantias em outras vertentes, deseja reintroduzir o *indagatio per tormentum*.

Quem a propõe não se sente minimamente em dúvida, mas deveria saber que, quando o direito legitima a tortura, perde sua diferença. Se ‘confunde’ com os poderes selvagens, se torna técnica policial e não ‘dos’ poderes e ‘pelos’ poderes: esta é, pelo menos por quanto o direito se afirma, a narração de sua origem e a razão de sua existência. Usando uma linguagem mais apropriada se deveria falar a respeito, como do ‘verdadeiro’ Eigenwert do direito o qual determina a forma e o conteúdo em um longo processo de auto-observação, auto-descrição, auto-regulação que o mundo moderno apenas acelerou, mas que sempre constituiu a

aposta difícil do direito pela sua diferença em relação aos outros sistemas [...].⁶³

6.2 A inexistência da identidade física do juiz no processo penal

Ocorre que não se pode falar de obtenção de prova pelo juiz, pois, durante o

⁶³ Tradução de Liliane Venturi: “... Dunque, il proceso e la sua verità, o ancora la verità e il suo proceso, individuano campi semantici complicati. Dobbiamo pressupporre che i grandi cambiamenti del diritto siano scandi dai diversi equilibri che si sono condensati nel rapporto tra proceso e verità. Caduto il mito giusnaturalista della veritas, la legge si è presentata al mondo moderno come dispendente dalla decisione del potere (e dalla sua ‘forza’) *auctoritas, non veritas facit legem*.”

Agli dei che ‘abbandonano la città, il moderno contrappone la consapevolezza che nel diritto si consumano rapporti di uomini con altri uomini e di fronte all’inflazione del concetto di bene risponde col primato, melanconico, del giusto sul buono: non scegliano il bene ma considerano bene ciò che scegliamo. L’esito è melanconico a tal punto da suggerire a Nietzsche l’immagine del diritto moderno come ‘errante radice, alla ricerca dell’origine, di un mito fondatore. Il socratismo del diritto moderno è senza fissa dimora, dalla radice vagante: la sua assenza di fondamento gli fa conquistare possibilità ma lo condanna ad essere procedura.

La dimensione del problema diventa esattamente questa. La verità presuppone una sostanza non più visibile; per questo al sostanzialismo del bene si sostituisce la giustizia (fairness) delle procedure. La *veritas della legge*, ridotta a comando in cerca di legittimazione, lascia il posto a quella singolare veritas che il diritto traduce nel linguaggio del processo: *non auctoritas, sed veritas facit iudicium*. La verità si ritrae nelle aule dei tribunali e nei loro fascicoli - l’uso della metonimia è indicativo -, diventa contesa linguistica rispetto alla quale il giudice dirà l’ultima parola dopo un ‘dibattimento, in un’udienza consegnata a verbali, dove, alla fine, ma molto tempo dopo, pronuncerà la sua ‘sentenza’.

L’alchimia delle parole e della loro precisione grammaticale segneranno anche il senso di una scommessa: quello della differenza del diritto dalla morale, dalla religione, dalla politica persino della scienza. Dire l’ultima parola sarà il compito esclusivo del giudice e non di un moralista, di un religioso, di uno scienziato.

Tecnicamente si chiama autonomia relativa del linguaggio giuridico, che vuol dire che è il diritto a dare significati ai vocaboli che usa. Anche quelli del senso comune. Ad essi attribuirà lo stesso significato che il linguaggio comune avrà attribuito, ma soltanto quando lo deciderà. Per questo deve fermarsi davanti alle prove e decidere quali saranno ammesse, a quali condizioni e come dovranno essere valutate. Il libero convincimento del giudice significa libertà ma anche interdizione: questo spiega il sempre difficile adeguamento di acquisizioni tecnico scientifiche dentro il processo: nel bene e nel male. Del resto la lunga storia dei sistemi giuridici si può ripercorrere attraverso il gioco ‘doppio’ del rispondere di qualcosa perché e mentre si risponde a qualcuno, dove l’etica e il dialogo si fondono insieme (appunto si compongono).

A questa lunga storia si collega il ritirarsi della verità storica nella verità processuale, a seconda dei punti di vista, limite definitivo o potere sconfinato.

Quando ancora il diritto moderno andava fondato la sua verità procedurale, la resistenza all’esilio della divinità era ancora molto forte. Dove la verità la veritas non poteva essere delegata dal piena veritas che doveva rappresentare l’infallibilità del giudizio divino. Non si decideva a maggioranza e non si decideva fin quando non si sarà maggioranza e non si decideva fin quando non si era raggiunta la verità pelan: nei tribunali dell’inchiesta, dove il processo era segreto e la punizione pubblica ed esemplare, l’incertezza era sciolta dall’indagine per tormentum. Auto da fé e giudizio di Dio imitavano la verità ed è ancor oggi inquisizione, neanche tanto soave, quella di chi sbandierando dubbi garantismi su altri versanti, vorrebbe reintrodurre *l’indigatio per tormentum*.

Chi la propone non è neanche minimamente sfiorato dal dubbio, ma dovrebbe sapere che, quando il diritto legittima la tortura, perde la sua differenza. Si confonde con i poteri selvaggi, diventa tecnica di polizia e non limite dei e ai poteri: questo è, almeno per quello che il diritto dice di sé, il racconto della sua origine e la ragione della sua esistenza. Con un linguaggio più appropriato si dovrebbe parlare di questo con del vero Eigenwert del diritto che ne determina forma e contenuto in un lungo processo di auto-osservazione, autodescrizione, auto-regolazione che il mondo moderno ha soltanto accelerato, ma che da sempre ha costituito la scommessa, difficile, del diritto per la sua differenza rispetto agli altri sistemi ...”.

processo, o sistema predominante não é o acusatório puro. Insiste-se que se constata, no caso brasileiro, um arremedo de sistema acusatório. E, tal permanecerá até que seja removido o entulho autoritário existente no Código de Processo Penal brasileiro, pois ainda se encontram dispositivos que conferem poderes ilimitados ao julgador.

É problemático que se advogue a existência de um modelo constitucional aplicado ao processo penal atual, diante de um óbice como é o da inexistência de identidade física do juiz. Ademais, é dantesco assistir-se ao espetáculo forense presente em vários processos, em que o magistrado que prolata sentença sequer tomou conhecimento dos atos postulatorios. Percebe-se que tal é uma incoerência! Se os instrumentalistas exigem que o juiz saia à procura das provas, intervindo frontalmente na atividade persecutória e exercendo função que não é típica de sua atividade, para permitir julgar o processo, por exemplo, sem presenciar um interrogatório? Não se tornaria, assim, seu convencimento defeituoso e impreciso coatando a ampla defesa e o contraditório? Inexiste o devido processo legal!

Num sistema de garantias, como o apregoado pela Magna Carta brasileira, o devido processo legal e em segundo plano a existência da identidade física do juiz no processo penal.

Sobre a importância da manutenção do princípio da imediação aplicado à identidade física do juiz, em especial, no processo penal, Vélez Mariconde (1969, p. 194) afirma que é necessário, “como é óbvio, que a sentença seja prolatada pelos mesmos juízes que intervieram no debate, desde o começo até o seu fim, ou seja, por quem participou na colheita da prova que servirá de base de fundamentação da sentença”.⁶⁴

A dificuldade surge quando se examina a aplicação dessa imediação em relação à colheita de prova durante a investigação criminal. Aparentemente, tal discussão seria desnecessária, pois, nessa fase, não há, em tese, participação do magistrado. Ressalte-se que, a presença do magistrado só é percebida quando há necessidade de serem tomadas medidas cautelares que restrinjam a liberdade e o patrimônio do indiciado ou do investigado. Porém, numa nova proposta de investigação criminal, que adote o sistema acusatório, poder-se-ia exigir que o controle de toda a atividade policial ficasse a cargo do Ministério Público. De tal sorte, exorcizar-se-ia o fantasma do juiz-investigador do Processo Penal pátrio, que obstaculariza o avanço das garantias individuais no processo penal.

⁶⁴ Minha tradução de: “como es obvio, que la sentencia sea dictada por los mismos jueces que intervieron en el debate, desde el comienzo hasta su fin, o sea,, por quienes recibieron la prueba que dará base a la sentencia”.

6.3 A oralidade

Falar de oralidade, em meio ao processo penal, à primeira vista, parece soar como redundância. No entanto, a oralidade não é a marca mais forte do processo penal, no qual, essencialmente, os atos são escritos. Além disso, o apego excessivo à forma impede que a oralidade seja estendida às várias etapas processuais. Por fim, o sistema adotado durante a inquirição de testemunhas, e até mesmo no interrogatório do acusado, não permite maior interação das partes com a prova a ser produzida. Isso sem mensurar o sistema presidencialista empregado durante as audiências, em que o juiz intervém a todo o momento, vigiando o Ministério Público e a defesa durante a reinquirição das testemunhas, a ponto de retransmitir as perguntas elaboradas por ambas as partes. Não é tradição do Direito Processual Penal brasileiro que as partes, durante as sessões, inquiram, livre e diretamente, as testemunhas, em que pese não haver na legislação processual penal nenhum impedimento a esta iniciativa. Por apego à formalidade, mantém-se a figura do Juiz-Inquisidor, impedindo maior inteiração das partes com a prova, no momento em que esta é produzida. Os atos, ao invés de serem reduzidos a termo, poderiam facilmente ser filmados ou gravados, o que por si só representaria avanço burocrático e economia de tempo.

Na fase pré-processual, a oralidade só faz sentido se for permitido ao advogado acompanhar todos os atos e ser-lhe permitida a ampla manifestação, quando da colheita da prova. Não se justifica a adoção de modelo inquisitório, que afasta por completo das “audiências” não só a presença do defensor do indiciado, como também impede sua participação quando da “produção” da prova testemunhal.

6.4 A função anômala do Juiz na colheita e produção de provas

Conforme já exposto, o participar e o intervir na produção ou coleta de provas não é atividade saudável a ser desenvolvida pelo julgador, como função tipicamente jurisdicional. Essa participação rompe com qualquer tentativa de imparcialidade do órgão jurisdicional, tornando-o suspeito e, contribui para que se levantem dúvidas em relação à própria atividade desenvolvida pelo Estado. Com efeito, o interesse do Estado é que o fato seja esclarecido e não, necessariamente, que o acusado seja condenado. Reforça-se: o modelo inquisidor deve ser abandonado para dar passagem ao acusatório.

No Código de Processo Penal pátrio atual, há, ainda, a presença do Juiz-Inquisidor em vários dispositivos, discutidos a seguir.

Art. 5º Nos crimes de ação penal pública o inquérito será iniciado:

[...]

II - mediante requisição da autoridade judiciária [...]

No art. 5º, em especial no inciso segundo, ao permitir que a autoridade judiciária requirite a instauração de inquérito, é visível a participação do Juiz-Inquisidor presente na atividade persecutória, fazendo as vezes de Ministério Público. Essa é atribuição típica reservada aos membros do Ministério Público em razão do próprio texto constitucional, nos termos do art. 129, I a quem cabe intervir na fase persecutória na condição de um verdadeiro *custos legis*.

Não há argumentos para se admitir tal interferência, diante da constatação de que a Lei Maior recomenda que haja separação entre as funções e as atribuições dessas autoridades. Torna-se complexo conceber esse processo como constitucional, se, no seu nascedouro, o Estado desrespeita o cidadão, colocando-o frente a um Juiz que o investigará, e, posteriormente, será essa mesma autoridade que julgará o processo. Não se oferece, assim, qualquer garantia ao cidadão inocente de que o Estado será imparcial no exame de seu processo. Ressalta-se que a investigação criminal deve ser escoreta e transparente, sem subterfúgios que afastem a aplicação dos direitos fundamentais na fase persecutória.

Art. 13 - Incumbirá ainda a autoridade policial:

[...]

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público. [...]

Vê-se no art. 13, inciso II, que, novamente, o dispositivo concede ao Juiz-Inquisidor poderes para intervir diretamente na atividade persecutória que se inicia, adiantando-se ao Ministério Público para requisitar a colheita de prova. O papel da autoridade judiciária, nesse instante, é o de manter as garantias constitucionais asseguradas ao cidadão inocente, ou seja, ser, essencialmente, o garantidor da liberdade do cidadão e evitar que se tomem medidas arbitrárias que coloquem em risco a integridade física e, principalmente, a preciosa liberdade desse cidadão. Entende-se que tal ranço medieval não pode passar incólume em uma futura revisão do processo penal brasileiro.

O art. 16 configura perceptível distorção:

Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento de denúncia.

As diligências requeridas pelo destinatário imediato do inquérito ficam ao sabor da conveniência da autoridade judiciária, que irá examinar se há pertinência ou não. O Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais, pode avaliar com maior competência se há necessidade ou não de requerer a volta dos autos à Delegacia de Polícia. Um pedido dessa natureza não poderá, de forma alguma, ser protelatório, pois, caso o seja, ocasionaria prejuízos irreparáveis ao cidadão. É preferível que, caso ocorra devolução dos autos à Delegacia para cumprimento de diligências, essa se dê em último caso, com o investigado solto, evitando-se o oferecimento desnecessário de denúncia. Afinal, submeter o cidadão a um longo e penoso processo, sem que se tenha certeza de acusação plausível é, no mínimo, leviano, para não dizer inconcebível. Frisa-se, que no modelo constitucional de investigação proposto neste trabalho, caso tais diligências sejam requeridas, tal se dá com o pleno conhecimento do investigado, para que o contraditório seja instaurado, já nessa fase.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judicial, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Para se refletir sobre o disposto no art. 18, é mister que se traga à memória que o arquivamento do inquérito passa necessariamente nas mãos do Juiz-Inquisidor, quando o controle deveria ser feito, exclusivamente, na via do próprio Ministério Público. Melhor seria se o fosse por uma Câmara de Procuradores ou na forma que o dispusesse a Lei Orgânica do Ministério. Nesse particular, é feliz o Projeto de Lei nº 4.209, ao determinar que o arquivamento seja examinado por órgão superior do próprio Ministério Público, relegando os poderes conferidos pela atual legislação ao magistrado.

O arquivamento representa o momento em que o Ministério Público, por não ser considerado mero acusador formal, e, sim, aquele que atua no interesse da prevalência das garantias fundamentais em um Estado Democrático, convence-se da desnecessidade de proceder ao oferecimento da denúncia, ao mirar a atipicidade do fato delituoso, a precariedade de provas ou a existência de uma das causas de extinção de punibilidade. É o que se denomina em doutrina, em tais casos, de falta de justa causa para o oferecimento da denúncia.

A questão do arquivamento é delicada, sem dúvida, haja vista que pode deixar de ser exercida em juízo a pretensão punitiva pelo próprio Estado. Mas, de maneira alguma, a solução está em permitir ao Juiz agir como se fosse o próprio Ministério Público. A fiscalização deve ser exercida pelo próprio Ministério Público, no sentido de que todo pedido de arquivamento seja examinado por órgão superior da própria Instituição. Poder-se-ia, mesmo, conceber, em algumas situações, a propositura de ação penal subsidiária da pública, quando não houvesse manifestação em tempo hábil por parte dos órgãos superiores do Ministério Público.

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, do seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este dirigida.

[...]

§ 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

O pedido, autorização ou representação, é a notícia do crime levada pela vítima ou seu representante legal ao conhecimento das autoridades, comunicando-lhes, em tese, a existência de crime cuja ação penal é pública incondicionada. A tramitação sugerida pela legislação acima indicada não é correta ao possibilitar pronta intervenção da autoridade judiciária na fase pré-processual. A impressão que tem é que o magistrado é, definitivamente, o “dono da prova” e detentor do monopólio estatal das providências possíveis, visando à instauração do inquérito e à colheita de provas.

A representação, encaminhada à autoridade policial ou ao Ministério Público, é até saudável, na medida em que fornece a essas autoridades, a dimensão do provável fato delituoso e possibilita a instauração de um inquérito, ou, até, quem sabe, o oferecimento de denúncia, desde que estejam presentes os requisitos legais. Portanto, considera-se inadequado permitir que a autoridade judiciária receba a notícia de eventual crime e tome providências, requisitando a instauração de inquérito. De novo, percebe-se o modelo inquisitório à vista.

Art. 127. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Como se vê no art. 127, em se tratando de aplicação de medida cautelar patrimonial, o Código de Processo Penal brasileiro permite ao magistrado antecipar-se e determinar que se proceda de imediato à apreensão de bens móveis de origem ilícita adquiridos pelo agente através da atividade criminosa.

Não se discute a necessidade de serem apreendidos quaisquer bens provenientes da atividade delituosa, mas, sim, a forma como são autorizadas, pelo Código de Processo Penal, tais medidas. Considera-se que permitir ao Juiz ordenar de ofício essa diligência é um excesso. Medidas como essa, urgentes e necessárias, só poderiam ser implementadas a partir de requerimento ou representação do Ministério Público ou da própria autoridade policial, desde que devidamente comprovada a necessidade, preferencialmente, no curso de investigação criminal, por exemplo. Ao ser realizada a diligência, dever-se-ia exigir a presença de testemunhas para certificar que a ação é realizada de forma correta, sem excessos midiáticos.

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Nesse artigo, encontra-se outro exemplo de inadequada atuação do Juiz-Inquisidor ao tomar providências para o andamento dos trabalhos executórios. O que se constata é que o Juiz deixa sua condição de magistrado e assume atribuições do Ministério Público. Passada em julgado a sentença condenatória, deve tomar o Ministério Público providências, com vistas à sua execução, a fim de evitar que os bens seqüestrados desapareçam. Não há necessidade alguma de o magistrado antecipar-se. Somente em um sistema inquisitório é que se concebem tais instrumentos transvertidos de acusatório.

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.

Não se contesta a possibilidade de o magistrado determinar a repetição ou a realização de prova que tenha, por escopo, a necessidade de dar melhor forma ao seu entendimento acerca de ponto relevante da matéria a ser julgada, desde que a prova já tenha sido produzida anteriormente, e,

[...] quando a atividade probatória for no sentido de dirimir dúvida sobre ponto relevante. Mas esta atividade estaria em relação à prova produzida, e não em razão da deficiência probatória. Portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar,

de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as provas colhidas. Dou um exemplo: se já constassem nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção motivada, tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados - concordo com a Professora Ada Pellegrini - não poderia ficar refém das partes. Diante do princípio acusatório, da prova produzida, poderia determinar uma acareação ou uma nova inquirição. O juiz, diante de uma prova pericial que já estivesse nos autos, poderia nomear novo perito, requisitar, ouvi-lo, diante de provas que já foram produzidas. O que não pode é buscar provas, porque quem tem de buscá-las é o Ministério Público. (COSTA, 2005, p. 140).

O que se traz à baila para análise, é a interferência descabida e indevida do magistrado, ao longo da fase pré-processual e judicial, na colheita e produção de provas, como parte acusadora, camuflando a indisfarçável finalidade de reforçar a acusação. Aos olhos da atual legislação, o interesse público deve sempre ser resguardado, ainda que admita a intervenção do magistrado ao longo do processo.

Por outro lado, o sistema acusatório é prejudicado, na medida em que acentua a desigualdade existente entre a acusação em relação à defesa. O devido processo legal, na sua manifestação mais significativa, que é a ampla defesa e o contraditório são afetados pela desigualdade gerada pela participação do Juiz ao lado da acusação. Há contaminação das provas e formação de convencimento deturpado, haja vista que o Juiz irá também acusar e não julgar o acusado. Logo, o órgão judicial deve manter-se à margem da discussão travada ao longo do processo, para poder proferir corretamente sua decisão. É inútil trazer à colação a questão relativa à verdade real, se houver visível intervenção do magistrado no momento da produção ou colheita de provas, quando o magistrado sai à procura das provas.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Se alguma dúvida ainda restasse, o que se depreende do artigo 209, do Código de Processo Penal brasileiro, é que a intervenção é assegurada ao “Super-Juiz” pelo processo penal. Tal constatação é meridiana. O magistrado age como se fosse parte, a ponto de ouvir testemunhas não arroladas pela acusação ou pela defesa. Como se lê, há intervenção exacerbada por parte do “Super-Juiz”. Determinar que compareça à sua presença testemunha arrolada pelas partes, a fim de dirimir dúvidas, é válido. Não há o que se opor a tal providência, ao se verificar que objetiva conhecimento maior e melhor do fato.

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

A decretação de medida restritiva de liberdade, de ofício, conforme prescreve o art. 311, é, em princípio, afronta ao devido processo legal. Em se tratando de pena antecipada, resultante da prisão preventiva, é indispensável que a medida seja usada com cautela. Apesar de ser consagrado o Princípio do Impulso Oficial no processo penal, o que de antemão legitima a adoção dessa cautela máxima, não se pode esquecer que o investigado sequer foi sentenciado. Há que se fazer valer, também, o estado de inocência para que o cidadão não seja recolhido ao cárcere, antecipada e desnecessariamente. Dizer que o processo é público, que o juiz não é mero expectador e que a busca pela verdade real é incessante no âmbito do processo penal é, no mínimo, desconsiderar as orientações traçadas pela Lei Maior, no sentido de se preservar a liberdade do cidadão inocente. A adoção de medida cautelar restritiva de liberdade tem que estar vinculada a pedido do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial e não, simplesmente, autorizar o Juiz de ofício decretar a medida para salvaguardar o interesse público.

Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

No caso em apreço, a sentença deixa de ser prolatada e o processo é baixado em diligência para o esclarecimento da “verdade”. Não se pode deixar de observar que essas providências constituem, também, iniciativa descabida do magistrado, haja vista que a prova, objeto de discussão, não foi suscitada no processo. A procura pela verdade é um mito, na opinião de vários autores, como Afrânio Silva Jardim, Eugênio Pacelli e Guilherme de Souza Nucci, dentre outros, que acarreta malefícios ao processo penal, ao avalizar intervenção excessiva do Juiz-Inquisidor. Procurar esclarecer dúvida é dever de quem julga, mas ir além das provas produzidas pelas partes é intervenção excessiva.

Ao examinar os principais princípios que regem a produção de provas, o que se almejou foi demonstrar o retrocesso na concepção de um pensamento voltado para resguardar tão somente o interesse público em detrimento das garantias individuais.

Percebe-se excesso de proteção ao interesse público, o que impede que o tema da liberdade probatória na fase investigatória seja proibido ao argumento clássico de que a investigação tem por desiderato a descoberta da autoria e materialidade, sem representar acusação formal ao indivíduo.

Após examinar algumas legislações europeias, que, sem sombra de dúvida, serviram

de inspiração para elaboração do atual estatuto processual penal brasileiro, verificou-se que, atualmente, essas não mantêm restrições à discussão sobre a produção de prova durante as etapas preliminares. Do Código de Processo Penal português ao alemão, o investigado, quando assume tal condição, tem o sagrado direito de conhecer as provas colhidas contra ele e de se valer de uma defesa técnica para refutar as imputações que recaem sobre si. Este modelo é o que defende ser adotado em futura legislação processual penal brasileira.

6.5 Da prova no propriamente dita no processo penal

Optou-se por reservar ao final espaço para tecer alguns comentários relativos à prova no âmbito do Direito Processual Penal, como maneira de concluir a análise acerca dos problemas que inviabilizam a manutenção do inquérito policial e examinar os seus reflexos para o processo, pois é como é sabido é na instrução preliminar que nasce a prova.

Daí a necessidade de se examinar esse instituto tendo em vista que a investigação criminal arrecada os elementos probatórios para demonstrar ou não a existência de um provável fato delituoso.

Mas qual é o significado do verbo provar? Responde-o Franco Cordero (2000, p. 6):

[...] Começemos pelo léxico *probatio* ... *generatim est examen, exploratio, experimentum*, e também as conjecturas perigosas examinam as que passam por elas; provamos coisas ou pessoas submetendo-as a determinadas operações, a fim de que surjam as qualidades, se as tem. Vejamos um exemplo do repertório clássico: *athletarum probatio, probatio equitum, de omnibus quadrupedibus prima est probatio* (nas compras e vendas o comprador comprova se são bons os bens que comprou), *candor minimumque pondus*, provar que é um mineral a pedra [...].⁶⁵

Provar é antes de tudo demonstrar, asseverar, confirmar a existência de determinado fato ou não. A prova realiza a função de trazer para o processo a demonstração da realidade em que o fato ocorreu.

⁶⁵ Minha tradução de: “Comencemos por el léxico: *probatio... generatim est examen, exploratio, experimentum*, y también *periculum*, porque las coyunturas peligrosas examinan a las que pasan por ellas; probamos cosas o personas sometiendo a determinada operaciones, a fin de que surjan las cualidades, si las tienen. Veamos un ejemplo del repertorio clásico: *athletarum probatio, probatio equitum, de omnibus quadrupedibus prima est probatio* (en las compraventas el comprador comprueba si son Buenos los bueyes que compra para arar); *credor minimumque pondus*, prueban que un mineral es piedra pómez ...”.

6.5.1 Algumas considerações sobre a “teoria” da prova

Falar de teoria da prova sem antes examinar o significado de instrução é quase uma heresia, pois, não há prova sem que haja uma instrução. Ressalta-se que “[...] chamamos instrução tudo aquilo que se refere à prova; e estendemos esta etimologia, esta última palavra evoca um exame ou seleção; os processos são máquinas retrospectivas; em efeito, formulas várias hipóteses históricas pelos contendores, é indispensável verificá-las [...]” (CORDERO, 2000, p. 3).⁶⁶

6.5.1.1 Thema probandi

Thema probandi é:

[...] a hipótese que se há de verificar. Por exemplo: *probatio croci sinceri, si impositum manu, crepitet*. O analista quer saber se o vegetal é um açafraão autêntico. Na exposição introdutória do artigo 493, as partes enunciam diferentes temas e aduzem as provas; enquanto o ministério público os fatos objeto da acusação; logo os defensores indicam os fatos que se propõem a provar e pedem que admitam determinadas provas [...] (CORDERO, 2000, p. 9).⁶⁷

6.5.1.2 O ônus probandi

A prova é, sem dúvida, um ônus processual. O *onus probandi* é, pois o encargo que têm os litigantes de provar

[...] pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição. Produzir a prova constitui um ônus processual, porque coloca as partes diante de uma alternatividade, classificada como de aquisição, já que diz respeito aos atos instrutórios do processo.

No processo as partes têm o dever, a obrigação de produzir as provas e o ônus de

⁶⁶ Minha tradução de: “Llamamos instrucción todo lo que se refiere a la prueba; y ateniéndonos a la etimología, esta última palabra evoca un examen ou una selección; los procesos soon máquinas restropectivas; en efecto, formuladas varias hipótesis históricas por los contendores, es menester verificarlas...”

⁶⁷ Minha tradução de: “Es la hipótesis que se há de verificar. Por ejemplo: *probatio croci sinceri, si impositum manu, crepiter*. El experimentador quiere sabe si esse vegetal es un azafrán auténtico. Em la exposición introductiva del artículo 493, las partes enuncian los diferentes temas y aducen las pruebas; em cuanto al ministerio público, son los hechos objeto de la acusación; luego los defensores indican los hechos que se proponen probar y pieden que admitan determinada pruebas ...”.

realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado [...] (ARANHA, 2004, p. 28).

Para Nicola Framarino Dei Malatesta (1960, v. 1, p. 136), o ônus da prova está baseado em dois assertivos contrários:

Ora, quando considerados antes de qualquer prova a eles extrínseca, e prevalece a credibilidade de um ou de outro, não é possível julgá-las senão segundo a sua natureza intrínseca, e segundo as presunções de credibilidade que se acham ligadas a esta sua natureza; se depois, da consideração das duas proposições em si mesmas, resulta que uma é mais crível que a outra, é lógico e natural que, devendo-se impor a obrigação da prova a uma dessas, imponha-se àquela que não traga consigo a presunção prevalente de credibilidade. É, portanto, nas presunções que se precisa procurar o princípio superior, determinativo do ônus da prova.

6.5.1.3 O objeto da prova

Objeto da prova é o fato a ser demonstrado, isto é, todos os fatos sobre os quais versem a ação penal e que devem ser verificados, como afirma Camargo Aranha. No processo penal, em regra, todos os fatos necessitam ser provados, excetos os intuitivos, as presunções legais, os fatos inúteis e os notórios.

6.5.2 *Princípios que regem as provas no âmbito penal*

Podem ser enumerados como os princípios que regem as provas no âmbito penal:

- a) Auto-responsabilidade das partes: “[...] Cada parte assume e suporta as conseqüências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas [...]” (ARANHA, 2004, p. 32);
- b) Audiência contraditória: toda prova admite uma contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte;
- c) Aquisição dos meios de provas: a prova produzida por uma das partes pertence ao processo, podendo ser utilizada por todos os litigantes no interesse da justiça;
- d) Oralidade: Por força desse princípio, haverá predominância da palavra falada em relação à escrita;

- e) Concentração: a produção de provas deve ser concentrada na audiência visando à rapidez na colheita da prova; e,
- f) Livre convencimento motivado: o julgador tem poderes para apreciar todas as provas existentes nos autos e formar o seu convencimento livremente, desde que suas decisões sejam fundamentadas.

Franco Cordero (2000, p. 36) critica o livre convencimento motivado, associando-o ao sistema inquisitório devido aos poderes que são concentrados em mãos do juiz:

[...] o livre convencimento chega a ser a fórmula de um conhecimento onívoro em perfeito estilo inquisitório. Com frequência monótona se apresenta a tese de que tudo o que figura nas informações da polícia serve para a decisão, como todo elemento de fato, constitui um dado útil sobre os modelos examinados nos laboratórios das aduanas [...].⁶⁸

6.5.3 A prova ilícita

Apesar de existir no processo penal ampla liberdade probatória, as provas obtidas por meio ilícito não são recepcionadas pelo ordenamento legal brasileiro. Ademais, na atualidade, o tema da prova ilegal tem despertado interesse no campo direito processual moderno, como narra Antônio Scarance Fernandes (2005b, p. 89):

[...] Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa. Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro lado, deve o cidadão ter garantidos a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais [...].

Em suma, prova ilegal consiste na violação de “qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual” (FERNANDES, 2005b, p. 89).

⁶⁸ Minha tradução de: “... y libre convencimento llega a ser la fórmula de un conocimiento omnívoro en perfecto estilo inquisitório. Con frecuencia monótona se presenta la tesis de que todo lo que figura en el informe de la policia sirve para la decisión; como todo elemento de hecho, constituye un dato útil sobre las muestras examinadas en el laboratorio de las aduanas ...”.

Não se pode deixar de mencionar que a falta de uma tipicidade em relação ao que seja considerado prova ilícita no âmbito do processo penal é extremamente prejudicial, como menciona Luigi Paolo Comoglio (1999, p. 24-25), ao fixar o problema também na legislação italiana, em especial no Direito Processual Penal:

[...] Talvez seja necessária visão mais realista do fenômeno processual e da forma de se estruturarem as provas. Na verdade, são significativas as indicações provenientes da recente evolução do processo penal. No modelo inquisitório, tradicionalmente, a existência e a legitimidade do poder de adquirir aquelas provas, que se definem como anônimas, enquanto não previstas e não proibidas por alguma norma positiva, foram deduzidas, *sic et simpliciter*, pela flexibilidade dos pressupostos funcionais. Tais pressupostos se interligam com o livre convencimento do juiz, e não pelo autônomo princípio de ‘liberdade da prova’. Hoje, no novo modelo de inspiração acusatória, subsiste até mesmo com indicação contrária, expressiva ‘norma de abertura’ (o art. 189 c.p.p.), a qual de forma positiva, consente às partes ‘requerer’ (e ao juiz de admitir, mesmo com modalidades de aceitação) ‘provas não disciplinadas pela lei’, conquanto que essas sejam idôneas para assegurar a correção dos fatos e não prejudiquem a ‘liberdade moral’ da pessoa [...].⁶⁹

A questão da referência, construída na ausência de uma tipologia, é por demais delicada e está longe de ser resolvida, haja vista que a legislação processual penal brasileira não acordou para o problema.

6.5.4 Prova testemunhal

Testemunha é toda pessoa que presta declarações a respeito de um fato do qual tenha conhecimento, ou ainda, sobre aspectos ligados a determinada pessoa.

A prova testemunhal é imperfeita, devido aos vários equívocos cometidos pelas testemunhas ao narrar o fato que viu ou tomou conhecimento. O testemunho é falível e suscetível de cometer enganos como afirma Camargo Aranha.

⁶⁹ Tradução de Liliane Venturi: “... Occorre, forse, una visione piú realistica del fenomeno processuale e della strumentalità della prova. Significative, in propósito, sono lê indicazioni emerse dalla recente evoluzione del proceso penale. Nel modello inquisitório, tradizionalmente, l’esistenza e la legittimità del potere di acquisire quelle prove che si definiscono, innominate, in quanto non previste e non vietate da alcuna norma positiva, sono state dedotte, *sic et simpliciter*, dall’elasticità dei pressupposti funzionali, cui si ricollega il libero convincimento del giudice, nonché dall’ autonomo principio di ‘libertà della prova’. Oggi, nel movo modello di ispirazione accusatoria,, sussiste addirittura, com segno contrario, un’espressa ‘norma di apertura’ (l’art. 189 c.p.p.), la quale in positivo consente alle parti di ‘richiedere’ (ed al giudice di ammettere, anche con apposite modalità di assunzione ‘prove non disciplinate dalle legge’ purché queste *risultino idonee ad assicurare l’accertamento di fatti e non pregiudichino* la ‘libertà morale’ della persona ...”.

São três as fases do testemunho: a oralidade, a objetividade e a retrospectividade. A prova oral é colhida por depoimento, exceção para os casos previstos nos artigos 192 e 223, ambos do Código de Processo Penal. A objetividade faz com que a testemunha limite-se a descrever o fato tal qual ele aconteceu imune às suas impressões pessoais. A retrospectividade faz com que as testemunhas ao depor façam menção aos fatos passados.

A inquirição de testemunha deve ser feita em contraditório, com a presença das partes e do juiz. Por isso, não vale a prova testemunhal produzida em inquérito para a condenação.

A presença do acusado no momento da produção de prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas reperguntas a serem dirigidas à testemunha.

6.5.5 Prova pericial

A prova pericial é considerada a perfeita, haja vista que o laudo é antes de tudo uma emissão de conhecimentos técnicos científicos e fornecem elementos seguros para a formação do convencimento do juiz. Entretanto, dele pode se afastar o julgador caso entenda que os outros meios de provas podem formar melhor o seu convencimento. O juiz, como é sabido não é obrigado a ficar adstrito ao laudo.

A prova pericial é ‘aquela decorrente do exame realizado sobre fatos ou pessoas por quem possui conhecimentos técnicos, ou sejam por perito [...]’

Importantíssima prova pericial do processo penal é a produzida pelo exame de corpo de delito. Este, na clássica definição de João Mendes Jr. consiste “no conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso” O exame de corpo de delito incide sobre tais elementos, por meio dele, busca-se provar a existência da infração, sendo necessário quando esta deixar vestígios [...] (FERNANDES, 2005b, p. 87).

6.5.6 Prova documental

A palavra documentos utilizada em sentido restrito, no campo processual, significa todos os sinais gráficos apostos no papel, provenientes da mente humana, que possam demonstrar a existência de determinado fato *probando*. Durante a fase inquisitória, esses papéis são apreendidos para a realização de exames periciais para demonstrar a existência da materialidade.

A lei processual penal permite a sua apreensão em mão do acusado, desde que constitua o chamado corpo de delito. Nesses momentos, o interesse público prevalece sobre o individual.

6.5.7 A busca e apreensão

Previsto no art. 240, do Código de Processo Penal, como meio de prova, a medida é sem dúvida cautelar, pois se destina a permitir que os objetos lícitos retirados dos seus proprietários e em poder de criminosos ou de terceiros sejam restituídos aos seus legítimos possuidores. Distingue-se do seqüestro que também é medida cautelar. Só que os bens objeto de seqüestro têm a sua origem ilícita, ou seja, são adquiridos com os proventos da ação delituosa, em que o criminoso tem acesso aos mesmos devido à realização da atividade criminosa. Pode ocorrer o que se chama de transformação, ou seja, o bem adquirido com a atividade ilícita pode ter sido transformado em outro. Veja-se como exemplo a compra de casas e carros com dinheiro do tráfico de substâncias entorpecentes por parte dos criminosos.

A busca e a apreensão podem ser desencadeadas em dois níveis: pessoal e em domicílio, para apreender objetos que interessam ao processo. Quando realizada na modalidade pessoal, independe de mandado a ser emitido pela autoridade judiciária. Já, a busca e a apreensão em domicílio depende de autorização judicial. O mandado, como é de conhecimento geral, só poderá ser cumprido durante o dia, salvo se houver consentimento do morador durante o período noturno.

6.5.8 As medidas de urgência para combater a alta criminalidade ainda na fase investigatória

Reprimir os crimes de maior potencial ofensivo, como os praticados pelas chamadas Organizações Criminosas, constitui desafio ao Estado. Para tanto, a solução encontrada tem sido reduzir as garantias fundamentais, para fazer frente a esse desafio. Lastreado na experiência de outros países, em especial, a Itália, o legislador pátrio aos poucos assumiu a postura de um inquisidor, ao assumir a possibilidade de adoção de medidas que limitam as garantias individuais, como são as hipóteses previstas na Lei nº 9.034/95.

Não se nega a excepcionalidade da medida e de sua adoção que poderá importar restrição à liberdade do cidadão. Mas há que se preservar, acima de qualquer suspeita, a ampla defesa e o contraditório para possibilitar ao cidadão apresentar os seus argumentos, a fim de se verificar se a medida é necessária e proporcional. Caso se constate que é não necessária, que seja interrompida o mais rápido possível.

Ao comentar a experiência italiana no combate ao crime organizado, Sergio Moccia (1997, p. 143-148), afirma que

[...] um lugar importante no âmbito do debate sobre as garantias é ocupado pela definição da estrutura e funções do processo penal. A presença de reflexos inquisidores, pouco compatíveis com contextos do ordenamento do Estado Social de Direito, une-se às exigências de mais freqüentes iniciativas judiciais, aos limites da suplência, para fazer frente aos fenômenos crônicos da insatisfação da sociedade italiana com os meios oferecidos pelo sistema penal. Vem, portanto, propor novamente uma ‘questão jurídica’ com as habituais características da crise e da suplência. E, no auge da emergência, ocorreu um incontestável retorno às lógicas de sinal autoritário, que se pensava estarem completamente superadas com a reforma de 1988. [...] Um modelo diferente de processo penal parece, entretanto, ter encontrado espaço frente à emergência ligada à intensificação de manifestações de criminalidade organizada e à descoberta de uma rede, muito forte e estendida por todo o país, em atividades e práticas ilícitas em locais de poderes público e privado. Assim, assistiu-se a um *revival* de critérios, legislativos e jurídicos, ‘exemplares’, que se concretizou em um notável enrijecimento da coercitividade processual, com a restauração de mecanismos de aplicação automática da custódia cautelar, em uma expansão diferente dos poderes inquisidores da polícia judiciária e, de forma generalizada, colocados em discussão os princípios básicos do processo acusatório, o contraditório e a formação da prova em questão, com ampliação desmedida dos poderes do ministério público [...] Diferente da primeira ‘emergência’ dos anos Setenta, que expressou uma parábola análoga para o direito substancial e o direito processual, esta ‘nova emergência’ desenvolve, talvez, os seus efeitos com maior destaque no plano processual. De fato, parece claro que a função de controle social da sanção penal tenha sido dirigida rumo ao processo penal e, este, por sua vez, em particular, dirigido à custódia cautelar: são evidentes os valores simbólicos de auto-representação estatal e de mero resguardo dos consócios que, como de costume, seguem as opções de prevenção geral que intimidam. [...] Os direitos do indivíduo não podem, na verdade, ser objeto de consideração abstrata, separada da norma deles. Em momentos de plena inquietude social, esses são valores dos quais não podemos nos afastar; e, a justiça penal deve operar eficazmente, mas de maneira aceitável e controlável. Em tempos e lugares em que os níveis de garantia resultassem insuficientes, o mecanismo tropeçaria ou funcionaria com custos excessivos, seja para os direitos do indivíduo como para a própria confiabilidade das escolhas da política criminal. [...] Recorrer aos princípios não deve ser uma consideração supérflua, na medida em que ciclicamente se propõem novamente perigosas contraposições entre instâncias de garantia e instâncias de eficiência. Entre eles [os princípios] não pode haver um afastamento, pois se trata na verdade de aspectos complementares das mesmas exigências da justiça. É necessário, portanto, encontrar uma síntese correta que una o rigor dos princípios à efetividade. [...] A perigosa ilusão de combater os fenômenos criminais com os juízes, e não no plano político-social e político-criminal, provocou o crescimento da política judiciária com verdadeiras sobreposições da magistratura, como está testemunhado, a nível normativo, no progressivo retorno das investigações no processo, devido às sentenças do Tribunal constitucional de 1992 e à sucessiva modificação de adequação. O resultado foi a tendência de transgredir os direitos fundamentais do indivíduo sancionados nos artigos 13, 24, 25, 27 Const. [...] Diga-se desde já que a linha de rigor (desenvolvida para contrastar) repressiva trouxe, também sob o

aspecto processual, a criminalidade organizada, como veremos daqui a pouco, soluções normativas e regras jurídicas que ultrapassaram os limites da especialidade antimáfia. A distorção de tais regras básicas em matéria de custódia cautelar foi realizada, mais no nível de regras jurídicas, de maneira particular no âmbito de processos relativos a fatos de grave corrupção [...] Entretanto, auxiliando as extravagantes escolhas do Tribunal Constitucional, sanciona-se uma absoluta supremacia da função punitiva, delegando à consciência, ou à intuição, do juiz o poder de punir. O que, em outras palavras, ao requerer uma absoluta subordinação das normas processuais àquelas substanciais, estabelece-se uma nova forma de autonomia e independência do juiz, tal pela lei processual. Mas não se trata de 'estéreis formalismos', o que está em jogo é outra coisa: o respeito dos princípios fundamentais do ordenamento. [...] O processo tem as suas formas, as suas regras, os seus princípios, não é mais o mesmo. Os atos fora das regras são *operations sublimes*, usando a felicíssima terminologia de Robespierre; mas não atos de justiça. No lugar dos processos penais e do direito temos atos políticos subversivos. [...] Os atos políticos pertencem, claramente, ao poder político que os realiza, mesmo através do direito, mas se concentrando naquelas diretivas políticas fundamentais, transformadas com a mediação dos princípios do direito. Elas dão um *Spielraum*, 'uma idéia de jogo', em que, no seu interior, podem mover-se as concretas opções de política do direito e, portanto, de política criminal. Por exemplo, o princípio sancionado no 1º parágrafo do art. 27 Const., admite, no ato da criação de uma tipificação do delito, a escolha entre a forma dolosa e/ou culposa de realização, mas certamente não à hipótese de responsabilizar uma ação feita por outro e por mera 'posição'; portanto, qualquer disposição legislativa, mas também jurisdicional, que cultive prospectivas de imputação de tal ordem, é um ato político subversivo, porque se coloca em contraste com um dos princípios fundamentais, jurídicos e portanto políticos, do ordenamento. [...] Como foi eficazmente assinalado, o processo penal entende-se ainda como regra superior e como limite ao poder da magistratura. Assistimos a um complexo deslocamento de um sistema concebido e justificado sobre a supremacia da lei, para um sempre mais enraizado no poder do magistrado, rotulado como sempre confiável e, portanto, superior. Isto significa uma reforçada ordem autoritária da jurisdição, do momento em que a força das provisões dos magistrados reside sempre menos na lei e sempre mais no órgão que possui o poder; o importante é que tal provisão venha de um órgão que tenha o poder de emití-lo. A isso corresponde um contextual enfraquecimento dos procedimentos de controle sobre as operações dos juízes. Tal é comumente visto como uma espécie de giacobinismo benéfico, porém sem reconhecer as distorções na ótica da mesma democracia, que se conectam a um determinado papel dos juízes. O processo que emerge se qualifica pela elasticidade de suas regras, com um florescer de normas que só com dificuldade são reconduzidas às previsões normativas; com os direitos individuais que acabam ficando a mercê da incerteza destas normas e não à certeza das *regulae júris*. [...] A ênfase dada ao valor da autonomia e da independência da função judiciária tende, mais ou menos conscientemente, a redimensionar o valor da mesma categoria 'norma jurídica': ela é a expressão de algo ambíguo, como é um poder, a ser contrastado, representado por um órgão não distinto, composto por uma classe política, partidária, parlamentar, governamental. E o ser 'poder contrário' acaba sendo também contra o produto daqueles outros poderes: a lei, um fruto impuro daquela classe política. Propagam-se, então, atitudes de independência e autonomia da mesma lei; idéias de primazia do poder judiciário, frente à norma jurídica e em particular frente a aquela processual. [...] E aqui o mesmo surpreendente direito do Tribunal constitucional, em base a um não menos surpreendente direito de remissão, chegou a conceber a ilegitimidade de disposições processuais ou de suas interpretações com referência ao segundo parágrafo do art. 25 Const. e ao segundo parágrafo do art. 101 Const., e portanto a considerar as regras normativas do processo como obstáculos não aceitáveis, para tanto teve de dar lugar para uma supremacia punitiva do magistrado. [...] Na realidade, o sistema italiano, frente à dicotomia aristotélica, entre um sistema fundado sobre a supremacia da lei e um sobre aquela dos juízes, optou por uma terceira via em que a supremacia é dos juízes, mas no âmbito de uma ordem que se supõe seja ainda fundada sobre a prevalência da norma. Um rápido exemplo é dado pela hipocrisia da declarada permanência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, fundado sobre a

primazia da lei. [...] E isso explica a credibilidade em definições rústicas que não possuem nenhuma doutrina jurídica, como a expressão ‘prova social’, como convencimento coletivo de culpabilidade. [...] Em um Estado de Direito, o processo deve identificar-se com a dúvida, com as provas, com o contraditório. Deve presumir a inocência. Quando se praticam outros meios, tratam-se de aplicações solenes de ‘medidas de saúde pública’, de ‘tranquilidade pública’, de ‘segurança geral’, de ‘zelo pelo bem público’, tanto para que se continue a usar a terminologia de Robespierre: tratam de atos políticos.⁷⁰

Como se vê, nem sempre as medidas de emergência são felizes ao lidar com a liberdade do cidadão inocente, sem causar-lhe prejuízos na sua liberdade. Estas são as principais observações relativas às provas que caberia analisar nesta pesquisa.

⁷⁰ Minha tradução de: “... Um posto centrale nell’ambito del dibattito sulle garanzie è occupato della definizione di struttura e funzioni del processo penale. La presenza di riflussi inquisitori, poco compatibili con contesti ordinamentali da stto sociali di diritto, si abbina con le esigenze di sempre più frequenze iniziative giudiziarie, ai limiti della supplenza, per far fronte a fenomeni cronici di disagio della società italiana con i mezzi offerti dal sistema penale. Viene, quindi, a riproporsi una ‘questione giustizia’ con i consueti connotati della crisi e della supplenza. E all’insegna dell’emergenza vi è stato un incontestabile ritorno a logiche di segno autoritario che si riteneva da ver completamente superato con la riforma del 1988.

[...] Um modelo diverso di processo penale sembra, invece, aver trovato spazio di fronte all’emergenza legata all’intensificarsi di manifestazioni di criminalità organizzata ed alla scoperta di una rete, fitissima ed estesa a tutto il paese, di attività e prassi illecite in luoghi di potere pubblici e privati. Si è assistito, quindi, ad un revival di criteri, legislativi e giurisprudenziali, ‘esemplari’, che si sono concretizzati in un notevole irrigidimento della coercizione processuale, con il ripristino di meccanismo di automatica applicazione della custodia cautelare, in una riesplorazione dei poteri inquisitori della polizia giudiziaria e, più in generale, nella messa in discussione dei principi basilari del processo acusatorio, quali il contraddittorio e la formazione della prova in dibattimento, con un ampliamento a dismisura dei poteri pubblico ministero.

A differenza della prima ‘emergenza’ degli anni Settanta, che espresse un’analogia parabola per il diritto sostanziale ed il diritto processuale, questa ‘nuova emergenza’ svolge, forse, i suoi effetti in maggior misura sul piano processuale. Sembra, infatti, chiaro che la funzione di controllo sociale della sanzione penale sia stata orientata verso il processo penale di per sé considerato e, in particolare, verso la custodia cautelare, sono evidenti simbolici di autorappresentazione e di mera rassicurazione dei consociati che, come di consueto, stanno dietro alle azioni di prevenzione generale intimidativa.

I diritti dell’individuo non possono, invero, essere oggetto di una considerazione astratta, scollata loro prassi, ma anche in momenti di pieno disagio sociale, essi sono dei valori dai quali non si può prescindere; la giustizia penale deve operare efficacemente, ma in modo accettabile e controllabile. Laddove i livelli di garanzia dovessero risultare insufficienti, il meccanismo finisce con l’incepparsi o per funzionare a costi eccessivi, sia per i diritti dell’individuo sia per la stessa affidabilità delle scelte di politica criminale.

Il richiamo ai principi non può considerarsi superfluo, nella misura in cui ciclicamente si ripropongono pericolose contrapposizioni tra istanze di garanzia di efficienza; tra esse non puòervi una divaricazione, si tratta, infatti, di aspetti complementari delle stesse esigenze di giustizia. È necessario, dunque, trovare una sintesi corretta che unisca il rigore dei principi all’effettività.

La pericolosa illusione di combattere i fenomeni criminali con i giudici, e sul piano politico-sociale e politico-criminale, ha provocato una crescita della politica giudiziaria con vere e proprie sovraesposizione della magistratura, con ‘e testimonio’, a livello normativo, dal progressivo rientro delle indagini nel processo, dovuto alle sentenze della Corte costituzionale del 1992 ed alla successiva novellazione di adeguamento. Il risultato è stato la tendenziale disattesa dei diritti fondamentali dell’individuo sanciti negli arts. 13, 24, 25, 27 Cost.

Va subito detto che la linea di rigore repressivo sviluppatasi per contrastare, anche sotto il profilo processuale, la criminalità organizzata, ha portato, come vedremo di qui a poco, a soluzioni normative e prassi giurisprudenziali che hanno travalicato i limiti della specialità antimafia. Lo stravolgimento di talune regole basilari in materia di custodia cautelare è stato realizzato, invece, maggiormente a livello di prassi giurisprudenziale, in particolar modo nell’ambito di processi relativi a fatti di grave corruzione”.

7 CONCLUSÃO

Ao examinar a questão delicada da colheita de provas durante a fase investigatória, etapa na qual se verifica a instalação de mero procedimento investigatório de cunho eminentemente administrativo, percebeu-se que não é assegurada ao investigado a possibilidade de oferecer contra-prova, ao argumento “irrecorrível” de que o inquérito policial é, somente, peça informativa, utilizado, quando muito, para formar o convencimento do Ministério Público nas ações penais públicas e do querelante, nas ações de sua iniciativa.

Por outro lado, em perspectiva crítica, verifica-se que a coleta de provas no inquérito policial é estrutura hermética, em que o contraditório é diferido. Conseqüentemente, é inviável o questionamento acerca da presença de defesa técnica, afastada que é pela idéia de que a investigação não representa a possibilidade de acusação e sim de recolhimento de material probatório. Não é mais possível desconsiderar, que mesmo nessa fase processual, o indigitado é um sujeito de direitos e, dessa forma, a defesa técnica tem que lhe ser assegurada sob pena de visível desrespeito ao devido processo legal.

A garantia do devido processo legal se impõe em procedimentos de natureza administrativa, porque, antes de tudo, o investigado deve ser tratado com alguém que é amparado por direitos; Ademais, a prova colhida nesse momento, poderá ser utilizada *a posteriori* para fundamentar a propositura de futura ação penal contra esse indigitado.

Os objetivos desta investigação serão alcançados na medida em que houver a demonstração que não é possível o devido processo legal sem se abolir o inquérito policial. Insiste-se, no entanto, que a manutenção do devido processo legal somente será viabilizada, desde que o Estado conceda estrutura voltada para o sistema acusatório.

Como já mencionado, é viável a revisão do inquérito policial à luz do estudo de um procedimento em contraditório e dos Princípios dos Direitos Fundamentais, dos Pactos Humanitários num contexto em que democracia e processo contribuam efetivamente para a criação de modelo investigatório recepcionado pelos parâmetros de um Estado Democrático.

A estrutura do atual modelo investigatório brasileiro apresenta sinais de envelhecimento com a adoção de uma culpabilidade presumida. A experiência dos países europeus demonstra a possibilidade de retirada do inquérito policial e a presença de defesa do investigado na fase preliminar. O papel reservado à produção de provas deve ser o de possibilitar a demonstração da existência do fato delituoso, mas desde que se assegure aos

envolvidos o direito à ampla defesa e ao contraditório, antes de tudo.

A “produção de provas” não se realiza amparada pelas garantias constitucionais mínimas. A proteção aos direitos fundamentais é posta de lado para agasalhar a máxima de que o Estado deve sobrepor-se ao cidadão em dados instantes da persecução penal. É perceptível o reflexo de tais considerações, em especial, no campo da prova colhida. A inconstitucionalidade é manifesta, na medida que se encontra ausente a ampla defesa e o contraditório, corolários de um devido processo legal.

Além de não contribuir para a discussão de um procedimento moderno, o mito da busca da “verdade real” nessa fase procedimental não enseja acusação formal ao investigado, pois o material probatório serve apenas para formar o convencimento do órgão acudo. Assim, a posição ocupada pelo investigado é desfavorável, e, presumidamente, é declarado culpado.

Ao investigado, no entanto, deverão ser asseguradas todas as garantias constitucionais para possibilitar-lhe a defesa plena já nessa fase processual. A presença do defensor é inadiável para todos os atos que serão praticados. Além disso, a condução da investigação pode e deve ser feita pelo Ministério Público auxiliado pela Polícia Judiciária e fiscalizada por um magistrado e com o acompanhamento de defensor.

A reforma da própria legislação é inelutável, mas não nos moldes dos anteprojetos propostos. É mister que sejam aportados elementos outros como os que algumas legislações internacionais já experimentaram com sucesso. Sugere-se aproximar dos moldes do código processual alemão ou do italiano, nos quais, há tempos, não se fala mais em inquérito policial e, sim, em fase procedimental apta a recolher elementos e circunstâncias que poderão apontar a existência de possível autoria e materialidade culminando com a existência de uma fase judicial.

Neste diapasão, o argüido, de imediato, já seria considerado sujeito de direitos. Assegurar-se-lhe-ia amplo conhecimento do fato e de todas as provas colhidas. Ademais, a presença de defesa técnica far-se-ia presente em todos os atos em que o investigado fosse comparecer, como é proposto pelo atual Código de Processo Penal Português, em suas recentes modificações. Logo, não lhe seria sonogada a possibilidade de ser assistido por um defensor, em especial, durante a etapa de seu “interrogatório”, na presença da autoridade policial. Ser-lhe-ia, assim, oportunizado o devido processo legal e todas as provas colhidas nesse e em outros momentos estariam cercadas pelas garantias constitucionais. Poder-se-ia, quando muito, permitir a adoção do sigilo, para combater atos ilegais praticados por organizações criminosas e o terrorismo, tal qual se vê nas legislações processuais penais européias aqui analisadas.

Outro ponto a ser revisto é que a investigação passaria ao controle efetivo do Ministério Público, que contaria com o auxílio da Polícia Judiciária para investigar o que fosse determinado pelo Órgão Ministerial. Abolir-se-ia, dessa forma, a possibilidade de a autoridade policial conduzir e presidir a investigação sem nenhum acompanhamento e fiscalização por parte do Ministério Público, do Juiz e do defensor.

A função a ser desempenhada pela autoridade judiciária, na fase preliminar, passaria por revisão, na medida em que, após serem colhidas as provas, o Ministério Público já se responsabilizaria por promover a ação penal. O Juiz, então, examinaria e definiria o caso requereria o recebimento ou não de denúncia. Assim, em recebida a inicial, teria início a fase judicial. Em relação às medidas cautelares, que implicam em privação à liberdade e à restrição patrimonial, impossibilitar-se-ia qualquer alternativa de serem decretadas de ofício pela autoridade judiciária. Assim, a decretação de medidas cautelares de privação à liberdade e de restrição patrimonial, com exceção dos casos de extrema e comprovada urgência, necessariamente teriam que admitir a ampla defesa e o contraditório como condição de manutenção da constitucionalidade do ato.

Ressalta-se que esta pesquisa utilizou o método dedutivo para cotejar os sistemas adotados na Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal, de forma a oferecer subsídios para novas reflexões ao atual modelo processual brasileiro. Não foi possível estudar todos os sistemas processuais penais europeus, por limitações de ordem de espaço e tempo próprios à elaboração de tese de doutorado. Procurou-se estudar apenas os sistemas penais que, pela afinidade ou importância histórica, exerceram e exercem influência em relação ao sistema penal brasileiro.

Espera-se que o próximo modelo de investigação criminal brasileiro se comprometa com a abolição do inquérito policial e com a adoção de um juizado de instrução com presença de magistrados, promotores e advogados, de forma a assegurar ao cidadão plena condição de exercer seu direito ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamarrá, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. I e II.

ALMEIDA, João Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

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

ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 71, v. 252, p. 45-46, 1975.

AMBOS, Kai. Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 57, p. 159-212, nov./dez. 2005.

ANDRADE, Ivan Moraes de. **Polícia judiciária**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARAÚJO, Sérgio Luis de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanc, 1997.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Apostilas de direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva, 1952. v. 1.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARAZZETTA, Aurélio; BRICCHETTI, Renato. **Codice di procedura penale e leggi complementari**. Bolonha: Seme S.p.A., 1997.

BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 33, v. 33, p. 87-106, 1991.

BARROS, Romeu Pires de Campos. A reforma no direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 79-104, 1979.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971. v. II.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória: modificações da lei nº 6.416, de 24 maio de 1977**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BELEZA, Teresa. **Apontamentos de direito processual penal** (aulas teóricas dadas ao 5. ano, turma de dia, 1991/1992, 1º semestre). Lisboa: AAFDL, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça. **Mensagem nº 215/01**. Relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BRASIL. **Código de processo penal**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. Exposição de Motivos elaborada por Francisco Campos então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas.

BRASIL. **Código penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

BUENO, João Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1959.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIA, Antônio Tomás. **A reforma processual penal italiana - reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. v. IV.

CATONI, Marcelo. **Direito processual e constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COLOMER, Juan Luis Gómez. **El proceso penal alemán introduccion y norma basicas**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1985.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. Torino: Unione Tipografico - Ed. Torinese, 1999.

CONTE, Philippe; CHAMBON, Patrick Maistre Du. **Procédure pénale**. Paris: Massou, 1995.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. I.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Propostas para um novo modelo de persecução penal - combate a impunidade. **Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal**, Brasília, v. 25, p. 140, 2005.

COSTA, Milton Lopes da. **Novo manual de polícia judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COUTINHO, Jacinto Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito penal e reforma processual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 16, v. 3, jul./set. 2006. Separata

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **Direitos humanos - legislação e jurisprudência**. São Paulo: Centro de Estudos, 2000. v. II.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, IV. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 70, p. 18, set. 1998.

DEU, Teresa Armenta. El nuevo proceso penal Español - atualidades internacionais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 115, p. 180-203, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Código de processo penal e outra legislação processual penal**. Lisboa: Aequitas - Editorial Notícias, 1992.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do São Paulo: Saraiva, 2007.

DOMINGUES, Ivan. **Epistemologia das ciências humanas**. São Paulo: Loyola, 2004.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ESPANHA. **Exposição de motivos da lei orgânica de 10/1992**. Madrid, 1992.

ESPANHA. **Preâmbulo da lei orgânica de 7/1988**. Madrid, 1988.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Comentários ao código de processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Lisboa: Rosa dos Tempos, 1993.

FARIA, Bento. **Comentário ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Barcelona: Editorial Labor, 1952. v. I e II.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FLORIAN, Eugênio. **Elementos de derecho procesal penal**. Traducción y referencias al derecho español por Pietro Castro. 2. ed. Barcelona: Bosch - Casa Editorial, 1931.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. I.

FRANCO, Danubio Edon. Algumas considerações de ordem prática sobre a sentença criminal. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 3-9, out./dez. 1993.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. **Dicionário de conceitos e princípios jurídicos**. Coimbra: Almedina, 1993.

GARCIA, Basileu. **Comentário ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. III.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. v. I.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A lide como categoria comum do processo**. Porto Alegre, Lejur, 1988.

GOMES NETO, Francisco Antônio. **Teoria e prática do código de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. I.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado e comentado**. 11. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal. **Revista de Processo**, São Paulo, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

HUERTA, Mariano. **Derecho penal mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1972. t. I e II.

ITÁLIA. **Código de processo penal**. Roma: 24 Ore SEME S.p.A., 1997.

JANNONE, Ângelo. Propostas para um novo modelo de persecução penal criminal - combate à impunidade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 25, p. 61-70, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESCHEK, Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução J. Luís Manganares. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. III.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006a. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na democratização dos direitos humanos. In: GALUPPO, Marcelo (Org.). **O Brasil que queremos sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC-Minas, 2006b. p. 665-675.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 5, n. 1, jul. 2006c. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte, v. 9, p. 89-100, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia - a ação jurídica como exercício de cidadania. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 4, n. 1, jul. 2005c. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB/Thomson, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LOPES JÚNIOR, Aury. Propostas para um novo modelo de persecução penal - combate a criminalidade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 25, p. 79-83, 2005.

LOPES, Jair Leonardo. Garantias constitucionais penais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 33, v. 33, p. 319-325, 1991.

LUIGI, Ferrajoli. **Derecho y razón**. 3. ed. Madrid. Editorial Trotta, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, n. 85, ano 22, p. 175-180, jan./mar. 1997.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria crimina**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1 e 2.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Tradução Santís Melando y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. t. III e IV.

MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1969. t. I e II.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MEIRA, José Boanerges. **A nova definição e classificação do fato na sentença penal**. 1999. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte.

MELLO, Lydio Machado Bandeira. **Manual de direito penal**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1954. v. II.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOCCIA, Sergio. **La perenne emergenza**. Tendenze autoritate nel sistema penal. Milano: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporaneas del proceso penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, ano 22, p. 196-203, abr./jun. 1997.

MOREIRA, Luis. **A fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NAVANDE, Antônio Maria Lorca. La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional Español. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 124-127, 1987.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Código de processo penal de Minas Gerais**. São Paulo: Casa Duprat e Casa Mayença, 1927.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ORBANEJA, Emílio Gómez; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho procesal**. 4. ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1954. v. I e II.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **O direito de defesa: repercussão. Amplitude e limites**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO, Marius Fernando da Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado democrático de Direito: crítica ao conceito de Justiça consensual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 168, p. 147-154, out./dez. 2005.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães de Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito - Virtualjus**, Belo Horizonte, v. 1, ano 3, p. 2-3, 2004.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Propostas para um novo modelo de persecução penal - combate à impunidade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 25, p. 49-52, 2005.

PINTO, Antônio Augusto Tolda. **A tramitação processual penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PISANI, Mário et al. **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Bolonha: Monduzzi Editore, 1997.

PISANI, Mário. Notas para a história da motivação no processo penal. Tradução Armida Bergamini Miotto. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 67-73, 1971.

PISAPIA, Domencido Gian. **Diritto processuale penale**. 4. ed. int. e agg. Napoli: Casa Editrice Dotti - Eugenio Javene, 1996.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 17 fev. 2007.

PORTUGAL. **Código de processo penal**. 3. ed. Lisboa: Ed. Rei dos Livros, 1996.

PRADEL, Jean. **L'Instruction préparatoire**. Paris: Éditions Cujas, 1990.

RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1965.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RESTA, Eligio. **Le verità e processo**. Torino: Edizioni Plus, 1998.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Globo-Barcelos, 1942. v. I e II.

ROSAL, Juan Del; RAMOS, Luis Rodrigues. **Compendio de derecho penal español - parte general**. Madrid: Ediciones Darro, 1974.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SABATINI, Guigliano. **Principi di diritto processuale penale**. 3. ed. Catania: Casa del Libro - Editrice, 1948. v. I.

SANTOS, Andrés de La Oliva et al. **Derecho procesal penal**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SICHES, Luís Recáses. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1959.

SILVA, Adhemar Raymundo da. **Estudos de direito processual**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Editorial Verbo, 1994. v. III.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e polícia judiciária**. São Paulo: Bookseller, 2000.

SILVA, Oliveira e. **Curso de processo penal** (o código de processo penal em aulas práticas). 2. ed. aum. São Paulo: Freitas Bastos, 1952.

SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 3 a 6 nov. 2003. **Anais ...**, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1924.

SOUZA, José Barcelos. **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SUANES, Adalto. O direito constitucional a um processo justo. **Juizes para a democracia**, São Paulo, ano 5, n. 14, p.12, ago./set. 1981.

SUANES, Adalto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual penal. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, n. 75, ano 19, p. 124-129, jun./set. 1994.

TELES, Ney de Moura. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2005. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORNAGHI, Hélio de Freitas Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Kofino, 1967. t. I.

TORNAGHI, Hélio de Freitas Bastos. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

TORNAGHI, Hélio de Freitas Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VIDIGAL, Edson. Propostas para um novo modelo de persecução penal criminal: combate à impunidade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 25, p. 9, 2005.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAMORA, Noceto Alcala y Castilho; HIJO, Ricardo Lavene. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guilherme Kraft, 1945. t. III.

ANEXOS

ANEXO A - Projeto de lei nº 4.209 que altera dispositivo do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências

O CONGRESSO NACIONAL, decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

TÍTULO II
DO INQUÉRITO POLICIAL E DO TERMO CIRCUNSTANCIADO

Art. 4º Sendo a infração penal de ação penal pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do Ministério Público, procederá, na função essencial de Polícia Judiciária, ao correspondente registro e a à investigação por meio de:

- I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;
- II - inquérito policial, em relação às demais infrações;

§ 1º Quando a ação penal pública depender de representação ou de requisição do Ministério da Justiça, sem ela o inquérito policial não poderá ser instaurado.

§ 2º Nos casos de ação penal de iniciativa privada, a autoridade policial procederá à investigação por meio de uma das modalidades previstas nos incisos I e II do *caput*, agindo somente mediante requerimento de quem tiver qualidade para ajuizá-la, formulando com observância dos seguintes requisitos:

- I - narração do fato, com todas as suas circunstâncias;
- II - individualização do autor ou determinação de seus sinais característicos, ou explicação dos motivos que as impossibilitam;
- III - dados demonstrativos da afirmação da autoria;
- IV - testemunhas do fato e de suas circunstâncias, quando possível com as respectivas qualificações e endereços, ou com anotação dos locais em que possam ser

encontradas.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, poderá comunicá-la, oralmente ou por escrito, à autoridade policial, que registrará a ocorrência e adotará as providências cabíveis.

§ 4º O ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer ou por escrito, à autoridade policial o início da investigação ou dirigir-se ao Ministério Público para que este a requisite.

§ 5º Da decisão que indeferir o requerimento de investigação, ou quando esta não for instaurada no prazo, poderá o interessado recorrer em cinco dias para a autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público.

§ 6º Tomando conhecimento da ocorrência, autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente.

§ 7º Tratando-se de infração atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis. (NR)

Art. 5º Se a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade policial lavrará, imediatamente termo circunstanciado, de que deverão constar:

I - narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas;

II - nome, qualificação e endereço das testemunhas;

III - ordem de requisição de exames periciais, quando necessários;

IV - determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz;

V - certificação da intimação do autuado e do ofendido, para comparecimento em juízo nos dia e hora designados. (NR)

Art. 6º Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, preservando-o durante o tempo necessário à realização dos exames periciais;

[...]

IV - ouvir o investigado;

V - proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas;

VI - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 159);

VII - providenciar, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

§ 1º Instaurado inquérito, as diligências previstas nos incisos V a VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado.

§ 2º Os instrumentos, armas e objetos materiais que tiverem relação com o fato, necessários para exame pericial complementar, ficarão sob a guarda dos peritos até a conclusão dos trabalhos periciais.

§ 3º No inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente.

§ 4º O registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhada ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.

§ 5º A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados à autoridade judiciária competente, ao Ministério Público e a família do preso, ou a pessoa por ele indicada. (NR)

Art. 7º Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem com à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irreparáveis, que serão submetidas a posterior contraditório. (NR)

Art. 8º Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de

indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com a expressa observância das garantias constitucionais e legais.

§ 2º O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei.

§ 3º A autoridade policial deverá colher informações sobre a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade.

§ 4º A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço (NR).

Art. 9º O inquérito policial deverá ser instaurado no prazo de dez dias após a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal (art. 4º, caput e §§ 1º a 4º).

§ 1º Os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de vinte dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão.

§ 2º Recebendo os autos, o Ministério Público poderá

I - oferecer denúncia

II - promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;

III - aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;

IV - requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.

§ 3º A requisição de diligências na forma prevista no parágrafo anterior, não obsta, se for o caso, ao oferecimento da denúncia.

§ 4º Encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório ao Ministério Público.

§ 5º Recebendo os autos suplementares, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, o Ministério Público somente poderá oferecer denúncia ou

promover o arquivamento, consoante o disposto no art. 28 (NR).

Art. 10. O inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de dez dias.

§ 1º Excedido qualquer dos prazos assinadas à polícia judiciária, o ofendido poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público, objetivando a finalização do inquérito e a determinação da responsabilidade da autoridade e de seus agentes.

§ 2º As diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado.” (NR)

Art. 11. Os instrumentos da infração penal, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos da investigação”. (NR)

Art. 12. Os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base.” (NR)

Art.13. [...]

IV- requerer, ao juiz competente, a concessão de medida cautelar prevista em lei”. (NR)

Art. 14. O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado poderão requerer à autoridade policial, ou ao Ministério Público, a realização de qualquer diligência, que será efetuada, se entendida necessária.

Parágrafo único. Quando o pedido for indeferido, o interessado poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público, objetivando, a requisição da diligência” (NR)

Art. 15. Se o indiciado for menor, a autoridade nomeará curador para assisti-lo, preferencialmente advogado, vedada a nomeação de pessoa analfabeta e de servidor da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Poder Judiciário” (NR)

Art. 16. Todos os atos da autoridade policial e do Ministério Público deverão indicar os fatos que os determinarem a ser fundamentados.”(NR)

Art. 17. A autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos da investigação.” (NR)

Art. 18. Arquivados os autos da investigação, por falta de base para a denúncia, havendo notícia de outras provas, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício, ou mediante requisição do Ministério Público.” (NR)

Art. 19. Nas infrações penais, cuja ação seja de iniciativa privada, os autos da investigação serão remetidos ao juízo ou ao juizado criminal competente, onde aguardarão providência do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.” (NR)

Art. 20. a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos.

§ 1º Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada a sua exposição aos meios de comunicação.

§ 2º Nos atestados que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer dados referentes à investigação, salvo em caso de requisição judicial ao do Ministério Público.” (NR)

Art. 21. É vedada a incomunicabilidade do preso” (NR)

Art. 22. A autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição territorial, independentemente de requisição ou precatória; se assim como tomar as providências necessárias sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição, comunicando-as à respectiva autoridade.” (NR)

Art. 23. Ao remeter os autos da investigação ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao órgão competente, transmitindo as informações necessárias à estatística criminal.” (NR)

Art. 26. Tratando-se de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, os elementos de informação serão remetidos pela autoridade administrativa também ao Ministério Público para as providências cabíveis.” (NR)

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por

ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, o quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 2º Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que as requisite.

§ 3º Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4º A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, serão submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5º O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6º Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7º Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia.” (NR)

Art. 30. A ação de iniciativa privada caberá ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, ou às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva.” (NR)

[...]

Art. 46. O prazo para o oferecimento da denúncia, ou promoção de arquivamento, estando o indiciado preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito, ou de sua complementação, e de quinze dias, se estiver solto ou afiançado.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar a investigação, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação

ou a representação.

[...]

§ 3º Descumprido qualquer dos prazos estabelecidos neste artigo:

I - Os autos poderão ser requisitados pelo órgão superior do Ministério Público, de ofício, ou a pedido do ofendido, do investigado, ou do indiciado;

II - o ofendido poderá proceder na forma do disposto no art. 29.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

ANEXO B - Projeto de Lei nº 4.209, de 2001 - Mensagem nº 215/2001

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

AUTOR: Poder Executivo

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Com o declarado propósito de simplificar o inquérito policial, retirando-lhe o caráter burocrático e cartorial que segundo a Exposição de Motivos veio a assumir, o projeto de lei nº 4.209. de 2001, reserva à Polícia Judiciária funções eminentemente investigatórias, em concordância com o disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que transfere para o Ministério Público as funções de supervisão e controle do inquérito, hoje conferidas ao juiz. A este contempla o projeto com papel de juiz de garantias, atribuindo-lhe tão só a competência exclusiva para concessão de medidas cautelares. Assegura-se a defesa ao indiciado no momento mesmo em que assume, no inquérito, essa condição, e o ofendido assume o papel relevante, cabendo-lhe exercer diversas iniciativas no curso da investigação.

O projeto mantém as duas atuais formas de investigação: o termo circunstanciado, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, e o inquérito, relativo às demais infrações. Encontram-se regulamentados no projeto o termo circunstanciado e atos subseqüentes, que observarão as disposições da Lei nº 9.099. de 1995. No tocante ao inquérito são as seguintes as disposições do projeto:

- sua instauração será procedida de ofício, pela autoridade policial, ou mediante requisição do Ministério Público, ou, ainda, por solicitação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, a estes reservada a exclusividade quando a ação penal for de iniciativa privada;

- documentada a ocorrência, o registro respectivo ficará à disposição do Ministério Público, em sede policial, salvo quando se tratar de crime atribuído a policial. Nesse caso a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis;

- o inquérito deverá revestir-se de forma singela e ser tão célere quanto possível, resumindo-se em atos indispensáveis à preparação da prova a ser produzida em juízo (a tomada de depoimentos poderá dar-se em qualquer local e de forma reduzida e informal);

- recebidos os autos do inquérito ou os da colheita suplementar de informações, o Ministério Público poderá: a) oferecer, desde logo, a denúncia; b) promover o arquivamento; c) aguardar as diligências especificadas pela autoridade que o presidiu a investigação; ou d) requisitar diligências tidas como indispensáveis ao esclarecimento dos fatos.

Como acentua a Exposição de Motivos do Ministério da Justiça a finalidade do projeto é a de “evitar o inchaço do inquérito, ao determinar que os elementos informativos deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, da competência exclusiva do juiz. Deixa-se claro que tais elementos não poderão constituir fundamento da sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irreparáveis, em que o contraditório será diferido.

Obediente a estas diretrizes, determina o projeto que:

- o prazo para encerramento da investigação é de 60 dias (sessenta) dias, ficando este, como os demais prazos, sujeitos à fiscalização de todos os interessados;

- a autoridade policial poderá valer-se de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, no registro dos depoimentos;

- a decisão sobre o arquivamento do inquérito se processará exclusivamente no âmbito do Ministério Público, “sendo conferida a um órgão superior a fiscalização da atuação ministerial inferior, ratificando-a, ou ordenando que outro representante da instituição ofereça a denúncia”.

- Determinado, pelo Ministério Público, o arquivamento da investigação criminal, os autos serão remetidos ao juízo competente, para que sejam registrados, cabendo ao juiz os despachos de cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas, e de arquivamento do inquérito.

O que se quer, portanto, do inquérito, é que seja simples, direto, preciso, de forma que nele se contenha a suma da investigação sobre a materialidade de delito e sua autoria, *quantum satis* para alicerçar a acusação. Despe-o o projeto das considerações sobre a valoração dos elementos indicativos da culpabilidade, presentes nos relatórios da autoridade policial, que finalizam os inquéritos.

Não fugirá ao espírito inovador do projeto a adoção do termo objetivo em lugar singelo (art. 5º, § 3º), nem a manutenção do atual art. 4º do Código, que atribui competência às autoridades policiais para o exercício da polícia judiciária no território das suas respectivas

jurisdições, sem prejuízo das diligências que no curso das apurações se imponham em circunscrição alheia, como previsto no art. 22 do projeto.

O projeto, como se viu, afasta o juiz de quaisquer atos relacionados com o inquérito, ao transferir para o Ministério Público as funções de supervisão e controle que lhe são hoje conferidos. Ao juiz concede o projeto o papel distante de provedor de garantias, quando necessária a concessão de medidas cautelares. Além dessa exclusiva competência para decretar medidas cautelares, cabe ao juiz, nos termos do projeto, efetivar o arquivamento, quando decidido pelo Ministério Público, e providenciar o quanto lhe couber sobre a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem de indiciados, ofendidos e testemunhas - atribuições, essas, que somente poderão ser cumpridas através do exercício do poder judicante nos autos do inquérito. Esta exceção à exclusividade do controle da investigação policial pelo Ministério Público indica a conveniência de se assegurar ao juiz o conhecimento da existência dos inquéritos instaurados em território de sua responsabilidade jurisdicional e nos quais poderão ocorrer excessos, que exijam seu imediato reparo. Não se trata de reduzir as funções de controle e supervisão dos inquéritos, que o projeto acertadamente assegura ao Ministério Público, mas de prudente avocação da autoridade judiciária competente para o acompanhamento, ainda que equidistante, como quer o projeto, da investigação policial.

Creio que também merecem mais detida análise as disposições do projeto referentes ao arquivamento do inquérito policial. Determina o projeto que uma vez convencido da inexistência de motivos razoáveis para o oferecimento da denúncia, o órgão do Ministério Público promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação. Essa promoção de arquivamento será feita pelo órgão superior do Ministério Público, intimados da promoção o investigado ou indiciado, o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo. Estes poderão apresentar razões escritas, a favor e contra o arquivamento, o qual será submetido a exame e deliberação no referido órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento. O relator da promoção de arquivamento poderá, se entender necessário, requisitar os autos originais ou determinar a realização de diligências. Acolhida a promoção, o órgão do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juiz competente, que deverá arquivá-lo e declarar a conseqüente ineficácia das medidas cautelares que tenha concedido. Se, porém, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia.

O que o projeto cria com essas disposições é na verdade uma instância de julgamento para a promoção do arquivamento, a desenvolver-se e consumir-se no universo restrito do Ministério Público, mediante controvérsia, pois a tanto equivale o oferecimento de razões pelas partes interessadas. A justificativa desse procedimento é a condição de *dominus litis* do Ministério Público, ao qual outorga a lei, com exclusividade, a disponibilidade da ação penal. O sistema em vigor assegura essa mesma condição ao Ministério Público, chega ao mesmo resultado, e é bem mais simples do que o previsto no projeto. De fato, dispõe o art. 28 do Código em vigor:

Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Apesar de envolver a manifestação do juiz sobre o arquivamento - providência que não nos parece descabida, por envolver o arquivamento do inquérito interesse da justiça criminal -, o procedimento estabelecido no Código se ajusta bem mais ao propósito de celeridade que inspira o projeto do que o processo e julgamento, com as possibilidades de realização de novas diligências, nele previsto para o arquivamento do inquérito. O Código, de resto, mantém a soberania da decisão do Ministério Público, uma vez que, decidido o arquivamento pelo procurador-geral, ainda que em despacho contrário ao entendimento do juiz, está na obrigação de atendê-lo.

É necessário acentuar que o arquivamento do inquérito inconcluso não põe termo às investigações policiais necessárias à atribuição da responsabilidade penal. Prevê o art. 18 do projeto que arquivados os autos da investigação por falta de base para a denúncia, sempre que houver notícia de outras provas caberá à autoridade policial realizar novas diligências, por iniciativa própria ou mediante requisição do Ministério Público. Esse arquivamento condicionado ou temporário, sujeito a imediata revogação se ressurgidas as condições de prosseguimento da investigação, constitui mais um motivo para a simplificação do procedimento que o determina.

Estas breves ressalvas não diminuem a importância do projeto, fruto de árduo e longo trabalho, levado em meio a debates que se estenderam aos meios jurídicos mais importantes do país, pela Comissão presidida pela eminente processualista Ada Pellegrini

Grinover e composta pelos ilustres Professores Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

A aprovação do projeto, com as emendas que acompanham este parecer, porá termo à já longa batalha por um Código de Processo Penal que contribua efetivamente para a celeridade do processo penal, requisito fundamental para a eficiência da justiça criminal do nosso país.

O parecer é pela aprovação do projeto quanto à constitucionalidade, juriscidade e técnica legislativa. As razões que embasam o presente parecer parecem-me suficientes para demonstrar a necessidade da sua aprovação, quanto ao mérito, com as emendas a seguir apresentadas.

Sala das Reuniões, 10 de fevereiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

ANEXO C - Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, relativos à investigação criminal, e da outras providências.

AUTOR: Poder Executivo

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Renumerar-se o art. 4º do projeto, que passa a ser o § 3º do art. 4º do Código de Processo Penal, renumerando-se, em consequência, os parágrafos subsequentes constantes do referido art. 4º do projeto.

Sala das Reuniões, 10 de fevereiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

ANEXO D - Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código do Processo Penal -, Relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

AUTOR: Poder Executivo

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Dê-se ao art. 5º, § 3º, do projeto, a seguinte redação:

“Art.5º

.....

§ 3º - No inquérito as informações serão colhidas de forma objetiva e, sempre que possível, celeremente, podendo ser tomados os depoimentos em qualquer local, cabendo à autoridade policial resumi-lo nos autos, se colhidos de modo informal.

Sala das Reuniões, 10 de fevereiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

ANEXO E - Emenda nº 3 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

AUTOR: Poder Executivo

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Dê ao art. 9º , § 1º, a seguinte redação:

“Art. 9º

§ 1º - A autoridade policial, no prazo de vinte dias, informará o juiz sobre a existência do inquérito e remeterá os autos respectivos ao Ministério Público, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente remetidos ao mesmo órgão.

Sala das Reuniões, 10 de fevereiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

ANEXO F - Emenda nº 4 ao Projeto de Lei nº 4.209, de 2001

Altera dispositivos do Decreto -Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

AUTOR: Poder Executivo

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

Suprima-se do projeto o art. 28 (*caput* e parágrafos 1º ao 7º).

Sala das Reuniões, 10 de fevereiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL