

Da possibilidade de incidência do contraditório e do direito de defesa na fase pré-processual¹

Autore: Wanderson Gutemberg Soares

In: Diritto civile e commerciale

Leonardo Augusto Marinho Marques.²

Erika Cristina Nunes.³

Wanderson Gutemberg Soares.⁴

RESUMO

Busca-se compreender, por meio do método jurídico-teórico, orientando-se através do estudo de casos, visando abordagem dialética, a investigação preliminar no processo penal, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e do direito de defesa, sob a perspectiva do modelo constitucional de processo, voltado para a promoção dos direitos fundamentais. Entende-se que a incidência de tais princípios, na fase pré-processual, contribui para a afirmação do investigado como sujeito de direitos e para a realização dos direitos fundamentais no processo penal.

Palavras-chave: Modelo constitucional de processo. Inquérito Policial. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A maioria dos autores de processo penal defende a inaplicabilidade do contraditório e do direito de defesa na fase de investigação, por entender que a incidência desses princípios inviabilizaria ou dificultaria a atividade da polícia judiciária na coleta de informações mínimas sobre a autoria e a materialidade do fato. Inegavelmente, esse entendimento confere primazia ao interesse público, atribuindo ao Estado plenas condições para investigar determinada infração penal, em detrimento de eventuais direitos outorgados ao investigado. Há também quem aponte a impossibilidade prática de se realizarem essas garantias, sob o argumento de que a investigação precede a identificação da autoria. Desconhecendo-se o autor, não haveria como assegurar o contraditório e o direito de defesa.

Mesmo sem enfrentá-los imediatamente, acredita-se que os obstáculos apontados pela teoria sejam frutos de uma mentalidade inquisitória que vem prevalecendo na realidade processual penal brasileira desde o período das Ordenações e que ainda se faz bastante presente no Código de Processo Penal de 1941.

Esta mentalidade reforça o mito da busca da verdade absoluta, por meio de um procedimento que concentra o poder e as funções nas mãos do Estado, reservando-lhe a gestão da prova, com o objetivo de impedir a participação dos afetados e de eliminar qualquer oportunidade de contestação ao poder. Nesse quadro, compreende-se a política de defesa social, a concentração de funções, a atuação de ofício, a redução do investigado à condição de objeto de investigação, a ausência do contraditório e o sigilo como características basilares do método inquisitorial.

O problema diagnosticado é que grande parte dos autores brasileiros tem classificado o sistema

processual brasileiro como misto ou acusatório formal. Neste, a fase pré-processual é pautada pela forma inquisitiva, enquanto a fase processual pela forma acusatória. Ocorre que a manutenção do método inquisitivo na investigação preparatória representou um grande golpe contra o método acusatório, restabelecido na França após a queda do Antigo Regime, sob manifesta influência das idéias liberais.

Importante esclarecer que o golpe foi engendrado por Napoleão Bonaparte, logo que ele assumiu o poder no início do século XIX. Ao ditador não interessa o processo penal democrático compromissado com a promoção dos direitos fundamentais, razão pela qual se retornou ao modelo processual que privilegia a concentração de poder.⁵

O golpe consiste no fato da prova ser colhida antecipadamente no inquérito, sendo depois introduzida no processo, para ser impugnada tardiamente pelo acusado sob manto de garantias constitucionais tardias: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, dentre outros. Lopes Júnior elucida a farsa do sistema misto:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador pra imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 170).

Sem dúvida, a aceitação do modelo misto entre os processualistas brasileiros tem contribuído para a perpetuação do método inquisitório, dificultando a afirmação de direitos do investigado no curso da fase preliminar.

Partindo, portanto, do modelo acusatório delineado na Constituição da República⁶, procurar-se-á romper com a mentalidade inquisitiva do Código de Processo Penal, criando condições para se compreender a incidência do contraditório e do direito de defesa na investigação policial.

2 O INQUÉRITO POLICIAL E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Conhecida como fase pré-processual e/ou investigação preliminar, o inquérito policial é, antes de tudo, o local em que há o predomínio do método inquisitivo no sistema processual penal brasileiro.

As atividades exercidas na fase pré-processual são de extrema necessidade para o processo penal, pois, é nessa fase, antecedente e primária, que se devem reunir os elementos que irão justificar o processo ou o não-processo (hipóteses de arquivamento), já no contexto de promoção dos direitos fundamentais.

Como o inquérito policial segue a lógica do sistema inquisitório e a Constituição da República consagrou o modelo acusatório, necessário se faz promover uma interpretação constitucionalmente adequada da investigação. Definitivamente, o inquérito policial precisa se legitimar no horizonte dos direitos fundamentais.

Afinal, no Estado Democrático de Direito não é possível sustentar a primazia do interesse público sobre o interesse individual, reflexo daquela velha oposição entre autonomia pública e autonomia privada, originária da filosofia política⁷. Ao contrário, pensa-se, atualmente, na existência de um ambiente abrangente de proteção aos direitos fundamentais. Nesse ambiente, existe uma nova relação de

reciprocidade e de complementaridade entre a perspectiva coletiva e a perspectiva individualizada. E, nesta última, é que reside a possibilidade concreta de incidência do contraditório e do direito de defesa.

Inevitavelmente, esta nova realidade se projeta sobre a investigação preparatória. Essa nova releitura sobre a tutela dos direitos fundamentais no processo penal exige que se rompa com aquele antigo binômio segurança x liberdade.⁸ Por certo, não são apenas esses dois os direitos fundamentais que estão em jogo no processo penal. O direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, ao sigilo telefônico, ao sigilo de correspondência, à integridade física e moral, dentre tantos outros, que, também se inserem na realidade processual penal, ao lado da segurança e liberdade, reclamando idêntica proteção, seja na fase investigatória ou na fase processual.

É justamente nessa enorme perspectiva de promoção dos direitos fundamentais que se pretende estabelecer a incidência do contraditório e do direito de defesa.

3. INCIDÊNCIA DOS Princípios e garantias constitucionais e sua aplicabilidade NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

O Estado é o único titular do poder de julgar, aplicar e fazer com que se executem penas. Mas não é esse, simplesmente, o seu papel. É atribuída ao Estado, primordialmente, a proteção ao indivíduo.

Cabe frisar que as garantias e princípios constitucionais são válidos, pois vigentes, existem juridicamente e isso os tornam de observância obrigatória, ou seja, os fazem exigíveis e cogentes.⁹

A inteira submissão do acusado/indiciado face ao Estado, frente à fase de inquérito, implica a adoção de um sistema penal autoritário. A democratização do processo ocorrerá através do fortalecimento da participação e representação do indivíduo que ocupa o lugar processual de sujeito passivo.

Para tanto, não se pode ter uma leitura e interpretação da fase investigativa/pré-processual de forma desvinculada da Constituição. Deve-se evitar a inversão lógica, paleopositivista¹⁰.

Ressalte-se que não há que se falar em ordenamento jurídico infraconstitucional que possa concorrer de forma horizontal com a Constituição. Todo ordenamento jurídico, seja ele anterior ou ulterior à Constituição de 1988, está submetido ao ordenamento constitucional, onde tem sua principal fonte formal. Sua compatibilidade em relação à Constituição se dá da forma vertical, posto que deve se ater ao princípio da supremacia da Constituição¹¹.

Nesse sentido, o princípio do contraditório e o direito de defesa¹² tornam-se itens essenciais e primordiais na compleição de um processo constitucional que, verdadeiramente, seja instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição democrática que possuímos e os direitos e garantias fundamentais por ela integrados frente ao Estado Democrático de Direito, se associam para que haja a possibilidade de incidência e realização efetiva desses princípios no processo penal e, conseqüentemente, na fase pré-processual.

É inconcebível pensar no exercício de qualquer das funções estatais que não tenham como base e fundamento o respeito efetivo aos direitos fundamentais consolidados. Entretanto, tais princípios e garantias são menosprezados diariamente pela prática viciada em que estamos mergulhados, principalmente, quando observados desde a fase pré-processual, passando pela persecução e no que esta resulta, excluindo-se de nosso cenário processual penal a democracia que apresentam.

Assim, apesar de constitucionalmente previstos, princípios e direitos fundamentais possuem, em sua maioria, conceitos abertos, o que permite que sua aplicabilidade seja cerceada por doutrinas que, ao invés de buscar sua efetivação, a obstaculizam dando espaço ao chamado “decisionismo¹³” e “subjetivismo¹⁴” jurídico-doutrinário, que buscam avaliação por meio de valores.

Devemos nos ater ao fato de que, apesar de buscar a ordem e a unidade, o sistema jurídico não é harmônico, de forma absoluta. Assim, por não ser imutável ou de fácil e coerente adequação, não é possível que se exija uma perfeita conformação de suas normas.

Um modelo de raciocínio apropriado seria o modo problemático¹⁵ que implica, não na inexistência de um sistema, mas a existência de um sistema não rigoroso. A partir de uma perspectiva democrática, o Estado Democrático de Direito pressupõe um ordenamento onde é possível diversidade de aplicações quanto ao tradicionalmente imposto, ou, pelo menos, a discussão acerca de tais aplicações.

Contudo, grande parte do nosso Judiciário originou-se em escolas de direito baseadas no paradigma liberal¹⁶. E, por esse motivo, teimam na aplicação mecânica da norma. Entretanto, na via procedimentalista da Constituição, sob a ótica de Fazzalari¹⁷, adotada em nosso país, o contraditório se apresentaria como principal elemento do processo, melhor: como elemento definidor.

Sendo o contraditório e o direito de defesa garantias constitucionalmente previstas, não se deve restringir seu campo de atuação por meio de meras interpretações legislativas ou através de aplicações erroneamente horizontais da norma constitucional, do contrário, não se estará diante de um processo constitucional democrático.

[...], é indispensável que os direitos fundamentais sejam efetivados, única forma de permitir que a soberania popular se manifeste na sua integral inteireza. Num país de excluídos como o Brasil a presente

discussão ganha contornos críticos e bem definidos: a defesa dos direitos fundamentais é o único caminho seguro para consolidação da democracia. (CRUZ, 2001, p. 242).

O direito de defesa¹⁸ e o contraditório¹⁹ fazem com que o indiciado tenha efetiva ciência dos atos praticados e participe da produção de elementos probatórios. Visam propiciar ao investigado a possibilidade de produzir e acompanhar provas, de ter o acompanhamento de defensor técnico e a possibilidade de, facultativa e pessoalmente, participar de atos, na fase processual como na fase pré-processual. Além disso, poderá conhecer, claramente, a imputação que lhe é feita, bem como ter liberdade de se manifestar, dentro das previsões legais.

O que se pode observar é que, na prática, o direito de defesa se encontra prejudicado. Afinal, quase não há atuação de defensor durante a fase de inquérito. As exceções se apresentam quando a situação financeira do indiciado o permite constituir procurador. Na esmagadora maioria, não há a presença de defensor público ou nomeação de defensor dativo, mesmo para que presencie e defenda, formalmente, os interesses do indiciado ante ao interrogatório policial, conforme previsão legal.

A efetiva aplicação das garantias constitucionais acaba por assegurar o acusado frente à acusação, minimizando sua hipossuficiência frente ao Estado e permitindo equidade. Possibilita, ainda, segurança jurídica não só ao acusado/indiciado, mas ao autor e à coletividade, pois, acabaria por justificar ou impedir acusações com indícios insuficientes ou não-razoáveis.

O processo nasce a partir da apresentação da denúncia do Promotor, devendo dispor de requisitos, legalmente previstos, para que seja recebida em Juízo. E o seu instrumento legal, aquele que instrui a denúncia e atribui a ela indícios de autoria e materialidade, mesmo que não exclusivo, é o Inquérito Policial.

Tourinho Filho (2005) entende que a efetiva aplicação do contraditório na fase pré-processual afetaria a

investigação produzida pela polícia judiciária. Entende, ainda, que quando a Constituição se refere ao processo administrativo, não estaria se referindo ao inquérito policial, mas, sim, a um processo que tenha como resultado o conhecimento de ilícitos administrativos, principalmente, devido à possibilidade de aplicação de uma punição.

Como se pode ver, doutrinária e jurisprudencialmente, firmou-se a idéia de que não se aplicam, à fase de inquérito, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tal aceitação afeta o valor dos elementos obtidos em tal fase preliminar. Os argumentos para não aplicação dos princípios aqui discutidos são: a natureza inquisitiva e informativa do inquérito policial, bem como a natureza meramente administrativa do procedimento. Este último, um dos principais, se firma na teoria de que não seria necessário, em um simples procedimento administrativo, que o acusado se pronuncie a respeito dos fatos contra ele imputados, por não resultar, tal procedimento, em decisão ou sentença que o possa prejudicar/condenar. Contudo, segundo Cretella Júnior:

[...] processo designa entidade que, em essência, naturalmente, ou ontologicamente, nada difere da que se designa por procedimento (Tito Prates Fonseca, Lições de Direito Administrativo, p. 203, e Marcello Caetano, Manual... cit., p. 726), podendo-se, quando muito, quantitativamente, denominar de processo o conjunto de todos os atos e procedimento tão-só um ou um grupo desses atos. (CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 32).

Ainda, conforme Cretella:

[...] processo é o todo; procedimentos são as partes que integram esse todo. Dentro de uma operação maior e global, contenciosa ou não, penal, civil ou administrativa, que se desenvolva entre dois momentos distintos - o processo -, cabem outras operações parciais ou menores - os procedimentos - que, em bloco formando uma unidade, concorrem para completar a operação mais complexa, mencionada. (CRETELLA

JÚNIOR, 2004, p. 33).

Destarte, é equivocada a interpretação no que tange a aplicação do termo processo administrativo. Além disso, claro é que, na fase investigativa, há a predominância das atividades probatórias, pretendendo-se embasar futura e eventual ação penal. Apesar disso, dissociou-se a imagem do "acusado", figurando apenas o "indiciado", por não se ter, ainda, a identificação da autoria nem a denúncia formal. Questão meramente terminológica.

Nesse sentido é o entendimento de Lopes Júnior:

A postura do legislador constitucional no art. 5º, LV, foi claramente garantidora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado o fato de a Constituição mencionar acusados e não indiciados é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger também ao indiciado. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 245).

Assim, fazer separação entre processo e procedimento, ou limitar a aplicabilidade e a efetividade de garantias e direitos fundamentais por questões relacionadas a interpretações terminológicas, é ater-se à parte de um todo complexo. Nesse sentido, tal parte se apresenta alheia ao todo que a complementa, separando fases que formam o processo em si, e que possibilitam a formação de toda a instrução, criando a persecução processual e firmando o convencimento do juiz para que se chegue ao provimento final: a sentença.

Por meio do raciocínio apresentado, torna-se necessário que se tenha uma conexão entre a fase pré-processual e a fase processual como parcelas de um todo que, juntas, e de um modo sincrético, possibilitem e desenvolvam a persecução processual, visando a satisfação jurídica na sentença e, assim, seja possível a criação de segurança jurídica, não apenas numa perspectiva geral, mas, também, vista pela ótica do iniciado/denunciado, em todos os momentos processuais.

Não há, ainda, como argumentar e justificar a negativa ao contraditório na fase pré-processual, baseando-se no fundamento de que há participação do Ministério Público, atuando como custos legis. Não desmerecendo a função (por lógico, posto sua importância e necessidade), mas valorando e tornando efetiva a participação da parte legítima para atuar em contraditório, por ter interesse na futura demanda, passível de ser proposta, e, conseqüentemente, no provimento final. Sob essa perspectiva, observemos os dizeres de Cruz:

Também no discurso de aplicação imparcial do direito, a noção procedimental e comunicativa das partes envolvidas torna-se base de legitimidade do Estado Democrático. As pretensões juridicamente dedutíveis devem ser reciprocamente reconhecidas pelos operadores do direito. A constituição e a democracia não serão salvas por juízes e promotores travestidos de super-homem/mulher-maravilha defensores da ética e da justiça. Ao contrário, a efetividade/legitimidade constitucional encontra seu fundamento nos instrumentos processuais capazes de realizar tais valores. O acesso à ordem jurídica, a eficácia da tutela jurisdicional, o contraditório, a igualdade entre as partes, a fundamentação das decisões judiciais, dentre outros princípios, são o fundamento de um processo jurisdicional democrático, desde que unidos a uma perspectiva ética no discurso da aplicação jurídica. (Cruz, 2001, p. 227).

A produção de material de cunho probatório, de modo unilateral, na fase pré-processual, é um exemplo da ausência do contraditório e, conseqüentemente, do direito à defesa do indiciado. Com o objetivo de informar a acusação e de justificar o processo, tal material é angariado durante a fase pré-processual e, na prática, confirmado na fase processual, ganhando força e validade de prova. Nestes termos a acusação possui uma vantagem substancial em relação à defesa, o que evidencia a desigualdade provocada pela não aplicação do contraditório. Ora, há evidente desrespeito/ataque aos princípios, direitos e garantias fundamentais se a acusação elabora todo o aparato probatório durante a fase pré-processual, por meio de

poderes estatais de polícia e, simplesmente, apresenta-o na fase processual, onde é meramente confirmada.

Tomando por base os estudos estatísticos nos arquivos e nas publicações especializadas do Judiciário, realizadas pelo doutrinador Alexandre de Moraes temos que: 95% dos processos criminais no Brasil resultam de denúncia embasada em Inquérito Policial. Por sua vez, os juízes, utilizam-no para receber ou rejeitar a acusação; para decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória; para determinar o arresto, seqüestro e o confisco de bens, etc.; para decidir crimes graves, como estupro, roubo, furto qualificado, estelionato, tráfico de drogas e contrabando, esse último, o número chega a 100%. (ANDRADE, 2008, p. 04).

Partindo do pressuposto de que há uma disparidade, enorme, entre o indiciado e o Estado, este último, investido na função administrativa investigativa, por meio do seu poder de polícia, durante o inquérito policial/fase pré-processual, surge a exigência de um tratamento que vise igualar os desiguais. Assim, ao indiciado devem ser concedidos direitos e garantias fundamentais, no caso específico, o contraditório e o direito de defesa, na fase pré-processual, como exigência para uma igualdade formal e material.

Para que o processo penal trate o indiciado como sujeito, amparado por direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos, tanto na fase processual como na fase pré-processual, é essencial que se estabeleça a possibilidade de efetiva igualdade entre as partes, e esta acontece quando o Estado (polícia judiciária e Ministério Público) e o indiciado, sujeito de direitos, encontram-se em um mesmo plano processual, ou seja, como partes, legitimamente, ativas em contraditório, possibilitando efetivo exercício do direito de defesa.

4 ESTUDO DE CASOS

É na análise de casos concretos (autos processuais) que se pode perceber o grande problema acarretado ao processo penal pela inaplicabilidade dos princípios do contraditório e do direito de defesa.

A manutenção do cárcere do indiciado/acusado, sem uma sentença transitada em julgado, por exemplo, traz consigo um enorme prejuízo para a defesa ferindo os princípios em questão, além, é claro, da presunção de inocência.

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Ferrajoli:

[...] a custódia preventiva [...] pode ser considerada favorável somente por quem considere o papel da defesa como obstáculo inoportuno e a investigação como inquisição da parte. Contrariamente, dentro de uma concepção cognitiva e acusatória de processo ela não só não é necessária, mas prejudicial à averiguação da verdade por meio do livre contraditório. (FERRAJOLI, 2002, p. 448).

Analisando o processo nº 245.07.124.869-5, verificamos que o denunciado foi preso no dia 13/07/2007, conforme se pode verificar nos autos:

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO (fls. 02) 13/07/2007 (às 03:00 horas). [...] diante do fato foi dado voz de prisão em flagrante ao conduzido presente, foi lido e resguardado os seus direitos constitucionais e sua integridade física. (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

Este, somente deixou os cárceres após a sentença final, em 20/11/2007, ficando, ao total, 131 (cento e

trinta e um) dias preso, como é possível verificar na sentença abaixo:

SENTENÇA (fls. 109 a 115) 20-11-2007. Fundamentação [...] A autoria, no entanto, não restou devidamente comprovada, uma vez que não existem nos autos provas concretas e seguras de que o acusado trazia consigo as substâncias entorpecentes apreendidas, bem como que ele tentou dispensá-las (sic), jogando-as debaixo do assento do ônibus, ao avistar os policiais militares, que adentraram no coletivo. [...] JULGO IMPROCEDENTE a denúncia para ABSOLVER P.A.O., [...] /Autorizo a incineração da droga, observadas as cautelas legais./Custas pelo Estado./Expeça-se incontinenti alvará de soltura./Após o trânsito em julgado, **expeça-se alvará em favor do acusado** para levantamento da quantia em dinheiro apreendida, conforme Auto de Apreensão de f. 11 e Comprovante de Depósito judicial de f. 43, restituindo-lhe, ainda, os vales transportes, mediante termo nos autos. [...]. (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

É possível, ainda, perceber que o indiciado/acusado respondendo a todo o processo preso, teve seus direitos e garantias fundamentais violados, sendo, ao final, absolvido por falta de provas.

A presunção de culpabilidade, fato este recorrente, pode, também, ser observada, nos autos do processo nº Processo 245.07.124.504-8, na qual o indiciado/acusado sofreu enormes prejuízos advindos do descumprimento de norma constitucional. Vejamos:

AUTOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E DE APREENSÃO EM FLAGRANTE ATO INFRACIONAL (fls. 02). Aos 12 de junho de 2007, às 02h22min, nesta Cidade de Santa Luzia/MG, [...] compareceu com o CONDUTOR DO FLAGRANTE A.R.R., Policial Militar [...]. Que confirma o inteiro teor do BOPM [...] ao passarem pela Rua [...], depararam com os elementos ora identificados como E.F.J., B.J.O. e F.B.O. em atitude suspeita; [...]; QUE, diante dos fatos os menores foram apreendidos e o maior preso em flagrante [...]. (Processo criminal de nº 245.07.124.504-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

O caso demonstra que o indiciado/acusado fora preso no dia 12 de junho de 2007, e que durante toda a fase pré-processual e fase processual foi mantido em cárcere.

SENTENÇA (fls. 79 a 82) 30-08-2007 [...]. Assiste razão ao Ministério Público e à Defesa quando pugnam pela absolvição do acusado [...]. Assim, o contexto probatório não deixa a certeza da prática do crime, razão pela qual o acusado deve ser absolvido. [...] CONCLUSÃO [...]. Ao exposto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia para ABSOLVER E.F.J., qualificado nos autos, da imputação que lhe foi feita na peça acusatória, nos termos do art. 386, IV, do Código de Processo Penal. [...]. Expeça-se competente alvará de soltura. [...]. (Processo criminal de nº 245.07.124.504-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

A garantia da liberdade, prevista na constituição, somente foi conquistada após a sentença de absolvição por falta de provas e a expedição do respectivo alvará de soltura. Assim, nesse caso, o indiciado/acusado ficou preso por 80 dias, sendo ao final absolvido. Alguns poderão dizer que, oitenta dias preso é tempo razoável. Mas se considerarmos que a Constituição de 1988 garante a liberdade para todos, até que a sentença esteja transitada em julgado, e que as condições das penitenciárias brasileiras são péssimas, a simples manutenção do indiciado/acusado nos cárceres é um dos maiores prejuízos que um sujeito pode sofrer.

A violação a direitos e garantias fundamentais é gritante e o juiz, que deveria ser o principal garantidor de tais direitos, previstos constitucionalmente, acaba por causar mais embaraço na sua preservação.

Vejamos um despacho de homologação da prisão em flagrante delito:

DESPACHO (fls. 07) “[...] ratifico a prisão em flagrante de P.A.O., por infringir o contido no Art. 33 da Lei 11.343/06, considerando a quantidade da substância arrecadada, o alto valor em dinheiro em poder do conduzido com procedência duvidosa, e o horário em que o mesmo fora encontrado no interior de um

coletivo.” (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

Observemos o seguinte: o despacho de homologação citado faz às vezes de sentença, antes mesmo da devida instrução processual. Assim, fere vários princípios e garantias constitucionais. Dentre eles: o contraditório e o direito de defesa, em questão, e, conseqüentemente, o devido processo legal. Se não vejamos: ao afirmar que o conduzido infringiu o tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06; ao afirmar que o valor em dinheiro apreendido em poder do conduzido era de origem duvidosa; e, finalmente, ao basear a veracidade das alegações policiais no horário em que o conduzido se encontrava dentro do ônibus coletivo (22:00 horas, conforme se depreende, inclusive, da denúncia). De acordo com o art. 5º, da CR/88, em seu inciso LIV, temos que o conduzido, enquanto sujeito de direitos, não será tratado como culpado, até que se prove o contrário. Desse modo, entende-se como ilegal a primeira fundamentação que homologa a prisão em flagrante do caso ora estudado. Outro fundamento duvidoso, o segundo, afirma ser de origem duvidosa o valor em dinheiro em seu poder. Contudo, mesmo que o fosse, “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”, e, em sendo assim, o conduzido poderia ter se recusado a responder à pergunta relacionada à origem do dinheiro ou, até mesmo, calar-se.

Por último, no que tange à terceira fundamentação apresentada, é absurda, posto ferir o direito a liberdade, por limitar o trânsito dos cidadãos, seu direito de ir e vir, no horário em que bem lhe provier.

A fundamentação para homologação da prisão em flagrante fere, também, o princípio da imparcialidade do juiz, tendo em vista o fato de, de forma clara, demonstrar que considera o conduzido culpado do fato tido como criminoso. Por fim, cabe ressaltar que, em relação ao caso especificado, o acusado foi absolvido.

Outra característica marcante é a fundamentação da denúncia tendo por base o inquérito policial.

Denúncia (fls. I a IV), em 26/07/2007. Em face de P.A.O., vulgo “PEDRÃO”, pelo art. 33, caput, da lei nº

11.343/2006. **Consta dos inclusos autos de inquérito policial** que, na noite de 12 de junho de 2007, por volta de 22:00 horas, no interior de um ônibus que se encontrava na Avenida Antônio de Pinho Tavares, Bairro Cristina, em Santa Luzia/MG, o Denunciado trazia consigo substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

O caso acima, como na maioria das vezes, demonstra que os autos de inquérito policial, fundamentam e instruem a denúncia oferecida pelo Ministério Público. Assim, contraria o que vários autores afirmam: tratar o inquérito policial de “mero procedimento administrativo”, sem nenhuma finalidade específica. Podemos perceber a contradição existente entre a teoria e a prática, também, no termo de interrogatório, nos termos de oitiva das testemunhas e na sentença:

TERMO DE INTERROGATÓRIO (fls. 89 e 90) 1-10-2007. [...] Presente o Defensor nomeado para o ato Dr. J.M.O. [...]/Presente, o Promotor de Justiça Dr. C.E.D.P. [...] quesitos obrigatórios/2ª PARTE [...]: que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; **que confirma seu depoimento prestado em sede policial [...]**. (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

No mesmo sentido é o termo de oitiva de testemunha, processo nº 245.07.124.869-5:

TERMO DE OITIVA DE TESTEMUNHA [...] 2ª TESTEMUNHA DA DENÚNCIA (fls. 93) 11-10-2007. [...] **que confirma seu depoimento prestado em sede policial [...]**; (Processo criminal de nº 245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

Essa mesma lógica segue a sentença, processo nº 245.07.124.504-8:

SENTENÇA (fls. 79 a 82) 30-08-2007 [...]. A autoria, por sua vez, não restou comprovada, uma vez que não existem nos autos provas concretas e seguras de que o acusado estava, de fato, exercendo o comércio de substâncias entorpecentes no local. **O contexto probatório carreado para os autos mostra que o acusado**, não obstante estar na companhia dos adolescentes infratores, estava comprando bombons no local onde fora abordado, [...]. (Processo criminal de nº 245.07.124.504-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

A validação da fase do inquérito policial, também, está presente nas alegações finais do Ministério Público, vejamos:

ALEGAÇÕES FINAIS DO MP. (fls. 116 a 18) 16-01-2007. [...]. **A autoria foi objeto de confissão tanto em fase policial como em interrogatório judicial**, amparada perfeitamente pelos depoimentos das testemunhas. [...]. (Processo criminal de nº 245.06.101.710-0 , da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (fls. 115 a 120) 09-05-2008. [...] **A confissão do réu está em harmonia com as demais provas nos autos, em especial com as declarações das testemunhas ouvidas na fase inquisitorial**. [...]. Diante do exposto, o Ministério Público pugna pela **CONDENAÇÃO** do acusado [...]. (Processo criminal de nº 245.07.103.224-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG).

Destarte, observemos que as provas corroboradas em fase de inquérito policial, permeiam o processo penal e sua instrução, sendo praxe processual a simples leitura do que foi dito em sede policial, seguida da pergunta: “Você confirma o depoimento prestado na Delegacia?”; obtendo-se como resposta: “sim” ou “não”; e acrescentando-se ao Termo: “[...] que confirma seu depoimento prestado em sede policial [...]” integralmente ou parcialmente. Ressalte-se que, em sede policial, o depoimento é o momento em que não se encontram presentes o contraditório e o direito de defesa e que, em sua esmagadora maioria, não se tem a presença de defesa técnica, resultando em uma cruel supressão de direitos e garantias fundamentais.

Assim, verificamos que é no decorrer da fase procedimental, que se percebe a importância da fase preparatória para o processo como um todo. O inquérito policial visto como um fim em si mesmo, não demonstra a importância desta fase e o prejuízo que causa ao interessado, principalmente, quando há a negação da aplicação dos princípios e garantias fundamentais.

Os reflexos do inquérito policial, que estão presentes em toda a fase processual, não deixam dúvidas sobre a magnitude desse instrumento probatório de acusação. A análise do inquérito policial demonstra, de forma clara, que a fase pré-processual tem o sentido de conduzir e instrumentalizar a fase processual. A oitiva de testemunhas, ocorrida nessa fase, tem como fundamento a legitimação do ocorrido em sede de inquérito, buscando acrescer toda a prática probatória, contudo, de modo, originalmente, inquisitorial. É nesse sentido que os princípios constitucionais ganham um contorno diferenciado, exigindo uma efetiva aplicação, também, na fase investigativa.

5 CONCLUSÃO

Com a Constituição de 1988, a manutenção do Código de Processo Penal de 1941 no ordenamento jurídico pátrio desafia a nova ordem constitucional vigente, qual seja: a de que o processo penal deve passar, necessariamente, pelo filtro da Constituição de 1988 para poder atingir o seu objetivo primordial, que é a efetiva garantia dos direitos fundamentais previstos. Assim, devemos ter a relação entre o processo penal e a Constituição, considerando-se aquele como um instrumento que garanta a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos nesta, tornando-se um processo penal constitucional e, conseqüentemente, democrático.

Assim, torna-se evidente e necessária a democratização do processo penal, em seu todo.

Com a efetiva incidência do contraditório e do direito de defesa, visando respeitar o indiciado/investigado como indivíduo, e não mero objeto de investigação, teremos resguardados os direitos e garantias fundamentais e o status de sujeito de direitos durante o inquérito policial.

Tal incidência poderá ser compreendida como um direito/ônus processual para o indiciado, a partir de uma correta interpretação do art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, bem como de uma análise da fase pré-processual por meio da perspectiva problemática e sincrética do processo penal.

Desta forma, pensar a aplicabilidade e a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa requer, antes de tudo, abandonar as influências de um Estado autoritário e de uma doutrina utilitarista; requer, ainda, consolidar a escolha por um Estado Democrático de Direito com concepções pluralistas, atribuindo ao indiciado a condição de sujeito de direitos, além de afirmar a função do processo penal como um instrumento de limitação do poder estatal e ao mesmo tempo garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

Try to understand, through the legal-theoretical method, guiding it through case studies, dialectical approach to the preliminary investigation in criminal proceedings, in light of the constitutional principles of adversarial proceedings and the right to defense, from the perspective of model of constitutional process, towards the promotion of fundamental rights. It is understood that the incidence of such principles, in the pre-procedure, contributes to the affirmation of the investigated as a subject of rights and the realization of fundamental rights in criminal proceedings.

Keywords: Model of constitutional process; police investigation; Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

Andrade, Marcus Tito Tapioca de. **OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**. Publicado em 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/8625/1/os-principios-da-ampla-defesa-e-do-contraditorio-no-inquerito-policial/pagina1.html>> Acesso em: 12 fev. 2008.

BRASIL, Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CHOUKR; Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 231.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 383 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, v. 28, p. 109-138, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRETELLA JÚNIOR; José. **Prática do Processo Administrativo**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 265 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **PROCESSO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 1, p. 162-215.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925p.

GALUPPO, M. C. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 1, p. 47-65.

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade. V1**. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo

Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **A crise do Inquérito Policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal**. In: Wunderlich, Alexandre. (org.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 77-113.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista - 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 305 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari**. virtualjus, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 319 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira**.

In: SAMPAIO, José A. Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 249-294.

Tourinho FILHO; Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. 667p.

ANEXOS

A - Processos Criminais Analisados

245.07.124.869-5, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG;

245.06.101.710-0, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG;

245.07.103.224-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG;

245.07.124.504-8, da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Santa Luzia/MG;

1 Artigo resultante de pesquisa desenvolvida na PUC Minas, campus São Gabriel, no Programa de Iniciação Científica Voluntária - PICV 2008/2009.

2 Advogado e Professor de Direito Processual Penal da PUC Minas.

3 Aluna e integrante do PICV da PUC Minas.

4 Aluno e integrante do PICV da PUC Minas.

5 Cf. COUTINHO (2001)

6 O Brasil adotou, constitucionalmente e de forma explícita, o sistema acusatório. Este, por sua vez, tem como principais características: separação das atividades de acusação, defesa e julgamento; gestão das provas pelas partes; imparcialidade do juiz; vedação da atuação de ofício por parte do Juiz; procedimento oral e público; incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa; livre convencimento motivado do juiz.

7 Cf. Habermas (1997), Habermas (2002) e Habermas (2003).

8 Oliveira (2004).

9 Cf. Silva (2007).

10Cf. Lopes Júnior (2005): “os paleopositivistas restringem a eficácia garantista da Constituição para fazer com que esta entre na sistemática autoritária e separada do nosso CPP.”

11 Esse exercício efetivo dos princípios e garantias na atividade jurisdicional, como um todo, bem como na aplicabilidade da lei, é derivado da superioridade da Constituição face, não só ao ordenamento jurídico, como, também, ao Estado.

12 Derivados do princípio da igualdade processual e corolários do devido processo legal.

13 Fenômeno jurídico que supervaloriza a decisão (sentença), não se situa na norma ou em sua imperatividade.

14 Doutrina filosófica onde o sujeito é a fonte da verdade. Mas, tal verdade é individual, própria.

15 Cf. Galuppo (2001), é um modo de raciocínio não-sistemático do aplicador, “em que o contorno fático do caso interfere no próprio sentido das normas jurídicas.”

16Cf. Cruz (2001).

17 Cf. Pellegrini (2003).

18 Cf. Lopes Júnior (2005): como poder correlato de ação.

19 Cf. Pellegrini (2007): definido como uma efetiva participação das partes na persecução processual e na produção do provimento final.

<https://www.diritto.it/da-possibilidade-de-incidencia-do-contraditorio-e-do-direito-de-defesa-na-fase-pre-processual1/>