



UNIVERSIDADE
DO ESTADO DA BAHIA

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA – UNEB
BACHARELADO EM DIREITO**

JÔNATAS QUEIROZ VIENA SILVA

**INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA,
SEUS CONTORNOS E (DES) RESPEITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988.**

Jacobina
2018

JÔNATAS QUEIROZ VIENA SILVA

**INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA,
SEUS CONTORNOS E (DES) RESPEITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Departamento de Ciência Humanas – Campus IV, Jacobina, sob a orientação do Professor Mestre Rodrigo Ribeiro Guerra.

Jacobina
2018

JÔNATAS QUEIROZ VIENA SILVA

**INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA,
SEUS CONTORNOS E (DES) RESPEITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988.**

Monografia submetida à banca de graduação como requisito para
obtenção do diploma de bacharelado em Direito, pela Universidade do Estado da
Bahia – UNEB, Campus IV.

Monografia aprovada em ____/____/ 2018.

BANCA DE QUALIFICAÇÃO

Professor Mestre Rodrigo Ribeiro Guerra – Orientador
Universidade do Estado da Bahia – UNEB

Professor (UNEB)
Universidade do Estado da Bahia – UNEB

Professor (UNEB)
Universidade do Estado da Bahia – UNEB

Jacobina
2018

“Liberdade – essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda!”

Cecília Meireles

A Cristo e à Sua Mãe, a Virgem Santíssima, por enxergarem em mim dignidade em ser amado; à minha família, fonte inesgotável de aprendizagem; à Maria Clara, pelo amor e zelo – *já me acostumei com a tua voz, com teu rosto e teu olhar* –, e *in memoriam* a Alyson Moreira, “Binho” – seu sorriso ainda vive!

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado da Bahia – UNEB às ideias e opiniões que a fundamentam ou que nela são expostas.

AGRADECIMENTOS

De outro modo não haveria de ser: agradeço ao Espírito Santo, Terceira Pessoa da Santa Trindade, pela inspiração na feitura deste trabalho, sem a qual dificilmente levaria a cabo este empreendimento.

A Gleison Nunes, amigo proporcionado pelos dois anos de estágio no Ministério Público da Bahia, pela disposição em colaborar com apontamentos, revisões e materiais necessários à pesquisa.

Aos professores que tive a honra e privilégio de conhecer na graduação, em especial as professoras Vanessa Pessanha e Ana Tereza.

A todos aqueles que, indiretamente, se fizeram colaboradores na consecução dos objetivos deste trabalho.

Sem reservas, rendo a todos os mais sinceros agradecimentos!

RESUMO

A monografia em testilha apresenta o Princípio da Presunção de Inocência (art. 5, da CF/88), no contexto do Inquérito Policial, realiza um contorno histórico de sua evolução, sua importância para o processo penal brasileiro, diante de uma interpretação arraigada em outros princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e a viabilidade constitucional da inquisitiva peça policial ante o sistema acusatório-constitucional; bem como traz às claras a necessidade de se efetivar direitos e garantias constitucionais decorrentes do estado de inocência do investigado, sugerindo como instrumentalização a maior participação do sujeito passivo da peça incoativa e seu reconhecimento como sujeito de direitos para, com isso, refutar os argumentos jurídicos de uma presunção de inocência mitigada e do indivíduo como objeto da primeira fase da persecução criminal.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Inquérito Policial. Direitos e garantias constitucionais.

ABSTRACT

This monograph thesis presents the Principle of the Presumption of Innocence (art. 5, of the CF/88), in the context of police investigation, performs a historical outline of its evolution, its importance for the Brazilian criminal procedure, before an interpretation rooted in other constitutional principles, as the contradictory and the ample defense, and the constitutional viability of the inquisitive police part before the accusatory-constitutional system; as well as brings to the fore the need to enforce constitutional rights and guarantees arising from the investigator's state of innocence, suggesting as instrumentalisation the greater participation of the passive subject of the incoative part and its recognition as a subject of rights to, therefore, refute the legal arguments of a presumption of mitigated innocence and the individual as the object of the first phase of criminal prosecution.

Key words: Presumption of Innocence. Police investigation. Constitutional rights and guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

IP – Inquérito Policial

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

1. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	15
1.1. O que é princípio	15
1.2. Diferenciação entre Norma-Princípio e Norma-Regra	15
1.3. Contornos históricos do Princípio da Presunção de Inocência	19
1.4. Presunção de Inocência e seus efeitos no Processo Penal Brasileiro	26
1.4.1. Processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais	26
1.4.2. Desdobramentos do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro	28
1.4.2.1. Regra de Tratamento	28
1.4.2.2. Regra de Julgamento	29
1.4.2.3. Regra de Garantia	30

CAPÍTULO 2

2. VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DO INQUISITIVO INQUÉRITO POLICIAL ANTE O SISTEMA ACUSATÓRIO	32
2.1. Noções gerais sobre sistema	32
2.2. Sistemas Processuais.....	33
2.2.1. Sistema Inquisitivo	33
2.2.2. Sistema Acusatório	36
2.2.3. Sistema Francês ou Misto	39
2.3. Inquérito Policial	40
2.3.1. Conceito, natureza jurídica e funções.....	41
2.3.2. Características	42
2.3.2.1. Discricionariedade	42
2.3.2.2. Indisponibilidade	43

2.3.2.3.	Inquisitivo	44
2.3.2.4.	Escrito	44
2.3.2.5.	Prescindível	45
2.3.2.6.	Sigiloso	46
2.4.	Inquérito Policial e o sistema acusatório-constitucional	47

CAPÍTULO 3

3.	DEVIDO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	51
3.1.	Palavras Preambulares	51
3.2.	Reconhecimento do indiciado como sujeito de direitos.....	54
3.3.	Respeito à Regra de Tratamento e espetacularização do Inquérito Policial	56
3.4.	Participação do indiciado no Inquérito Policial: justificação e legitimidade.....	59
3.5.	Direito de Defesa e Contraditório no Inquérito Policial	61
3.6.	Interrogatório como meio de prova e de defesa no Inquérito Policial ...	64
3.7.	Direito a não se autoincriminar (<i>nemo tenetur se detegere</i>) e as intervenções corporais.....	67
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

Em tempos em que urge a defesa da coerência e integridade do Direito, notadamente em relação ao *modus operandi* da persecução criminal do Estado, faz-se necessária uma reflexão principiológica da nossa prática penal a fim de não operarmos retrocessos jurídicos.

O Estado Democrático de Direito é concebido como o poder estatal inteiramente sujeito aos ditames da lei e às diretrizes constitucionalmente consagradas. Nesse contexto, o Princípio da Presunção de Inocência (princípio basilar de regência da *persecutio criminis*) é uma das conquistas mais caras dentro da política de persecução penal de um Estado. É o elemento norteador das diretrizes legislativas em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal.

A história do Direito remonta que o contexto sócio-político dos países ocidentais sempre foi nota caracterizadora da maior ou menor atribuição de valor ao princípio em apreço. É a realidade da gangorra jurídica: a alternância do direito entre as mais duras opressões com as mais amplas liberdades.

Durante o período Medieval, a prática da tortura como meio de se alcançar a confissão do acusado deixava às claras que o Estado presumia culpado todo aquele sujeito à investigação e/ou acusação, que, despido de garantias e direitos, se tornava alvo de práticas cruéis e aviltantes. Percebe-se, com isso, que, em contextos nos quais o Estado se viu severamente ameaçado pelo alto índice de criminalidade, a política de persecução penal tenha previsto modelos investigativos opressores, refletindo em uma investigação e/ou em um processo inflexíveis.

À vista disso, o Princípio da Presunção de Inocência nasce do anseio por limitar o autoritarismo e as arbitrariedades do Estado Absolutista. Nessa efervescência, o Iluminismo europeu promoveu mudanças políticas, econômicas e sociais lastreadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, criando um ponto de resistência ao papel deificado do Monarca. Com efeito, elegeu o indivíduo como o ponto ontológico do dever-ser estatal. Partindo dessas ideias e ideais, percebeu-se a necessidade de pensar sobre os direitos e garantias individuais do indivíduo, bem como a atuação do *jus puniendi* estatal.

Doravante, no Brasil, o Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, promulgado na Era Vargas, foi completamente silente quanto à presunção de inocência. Isto se deve à influência da Itália fascista, cujo código de processo penal, “Código Rocco”, não recepcionou a presunção de inocência por taxar como excesso de individualismo e garantismo.

O Inquérito Policial, assentado no Título II, Livro I, do Código de Processo Penal Brasileiro, é, portanto, resquício da cultura inquisitorial da investigação criminal fascista. Assim, a postura político-ideológica processual brasileira estava orientada para a presunção da culpa.

O IP é identificado pela doutrina como procedimento administrativo pré-processual inquisitorial, não obrigatório – uma vez que pode ser dispensado sempre que a notícia-crime dirigida ao Ministério Público contenha suficientes elementos de autoria e materialidade delitiva –, secreto, não contraditório e, supostamente, sem exercício de defesa. Por constituir-se em fase pré-processual inquisitiva, há doutrina que considera não haver a presença do contraditório e da ampla defesa, dos quais decorre maior relativização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Ocorre que, com advento da Constituição de 1988, a presunção de inocência ou, como preferem alguns, estado de inocência ou não culpabilidade, alcançou porte de princípio constitucional, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento infraconstitucional, uma vez que aplicado, indistintamente, a processos de natureza não criminais. Dessa forma, dizer que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, implica reconhecer que há estado de inocência no Inquérito Policial e, por certo, todos os direitos e garantias constitucionais devem ser assegurados ao sujeito da investigação, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Do ponto de vista constitucional e do princípio acusatório, visão mais acertada, o Inquérito Policial é um instrumento de concretização das garantias individuais na esfera da persecução criminal. Assim, o IP possui função garantista e utilitarista: de um lado atua evitando que seja instaurada ação penal injusta, conservando o estado de inocência do sujeito passivo da investigação e protegendo contra acusações arbitrárias, bem como sendo útil ao Estado para evitar os custos e a inutilidade de uma ação penal

descabida. Por outro lado, a segunda funciona como medida preparatória-cautelar, por propiciar ao titular da ação penal, pública ou privada, Ministério Público e ofendido, respectivamente, os elementos que sirvam de base para sustentar a pretensão acusatória: indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva.

A importância de se investigar a presunção de inocência no Inquérito Policial está inserida na necessidade de se traçar o devido respeito a este princípio para que ele tenha, enfim, efetividade. Ao longo deste trabalho, se verá, realizamos um traçado acerca dos principais elementos, constitucionais e infraconstitucionais, para a soberania principiológica do estado de inocência. Proceder de outro modo pôr-nos-ia quedados aos princípios fascistas que aduzem que atos do inquérito policial valem até prova em contrário, vergastando a previsão constitucional entabulada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, de maneira que teríamos um julgamento antecipado do indiciado em um procedimento fragilíssimo.

Demais disso, o presente trabalho se utilizou da pesquisa descritiva, uma vez que realizamos a análise e a interpretação dos fatos que circundam a problemática da violação à presunção de inocência no Inquérito Policial. Por conseguinte, abordamos nosso objeto de estudo por meio de revisão bibliográfica, partindo de uma análise qualitativa de cunho bibliográfico, cuja coleta de informações se deu, essencialmente, por meio de livros, artigos científicos, teses, monografias e *websites*, todos na área de conhecimento pretendida.

Destarte, o referencial teórico deste trabalho constitui-se de doutrinadores que nos permitiram visualizar a forma como o Estado-juiz lida com a persecução pré-processual. Exemplificativamente, bebemos da contribuição acadêmica de Aury Lopes Jr. (2015), Eugênio Pacelli de Oliveira (2004), André Luiz Nicolitt (2016), Guilherme Nucci (2014) entre outros, todos da seara processual penal.

Assim sendo, a pesquisa do presente tema é fundamentada a partir do arcabouço teórico acima citado, contribuição capaz de suscitar o (des) respeito ao princípio da presunção de inocência no IP. Por tudo isso, os argumentos trazidos pelos respectivos autores adubaram e oxigenou o desenvolvimento deste trabalho, razão pela qual concluímos, de maneira humilde, por ter alcançado resultados satisfatórios.

1. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, abordaremos alguns aspectos importantes sobre princípio, o apanhado histórico acerca da presunção de inocência (revisitando o Estado Absolutista europeu, a fim de expor a inexistência de reconhecimento do estado de inocência do acusado que resultava na presunção da culpa; o avanço teórico acometido pelo iluminismo, elevando o ser humano ao *status* de sujeito de direitos) e, por fim, a positivação do princípio no ordenamento jurídico pátrio e aplicação no processo penal brasileiro.

Analisar o Princípio da Presunção de Inocência e sua importância para a persecução criminal brasileira pressupõe, de antemão, partir da investigação do que é princípio, bem assim da distinção entre as norma-princípio e norma-regra, sem a qual, afirma Robert Alexy¹, estaria prejudicada a existência de uma teoria que versasse sobre as restrições a direitos fundamentais e a colisão entre eles.

O estudo da principiologia da inocência está inserida na categoria dos direitos fundamentais – norma de direito fundamental. Mas o que vem a ser uma norma? Afastando a infundável discussão sobre seu conceito, Alf Ross preleciona que a norma é "uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta expresso na norma é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e é encarado por eles como vinculante (válido)"².

Pois bem. Concluída a exposição inicial, abordaremos o conceito de princípio, a diferenciação entre norma-princípio e norma-regra (a fim de que possamos enquadrar a presunção de inocência entre as duas subcategorias de normas possíveis) e, por fim, a Presunção de Inocência em sua historicidade e seus efeitos no Processo Penal Brasileiro.

1.1. O que é princípio

A palavra é polissêmica, dificultando o denominador comum na construção de um conceito, razão pela qual se chegou a dizer que princípios “não constituem

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85.

² ALF ROSS, Diretivas e Normas, p. 93, *apud* ROBERT ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais. 2006. p. 58.

absolutamente uma categoria simples e unitária: pelo contrário, por essa expressão entendem-se frequentemente coisas muito distintas”³.

Entre os mais variados significados, o Dicionário Aurélio nos apresenta os seguintes: “o primeiro impulso dado a uma coisa”, “origem”, “causa primária”, “regras ou conhecimentos fundamentais e mais gerais”⁴.

Na etimologia grega, “princípio” provém do termo *arque* que significa “o lugar de onde se parte”; o “início”; a “origem”; a “ponta”. No entanto, esse significado não satisfaz a perquirição de seu objeto. Ao contrário, é na raiz etimológica latim *principium* que encontramos um significado mais próximo de sua extensão valorativa. A palavra é formada por dois termos: *primum* e *capere*, significando, juntos, “colocar em primeiro lugar”.

Princípio é aquilo que, por sua carga axiológica, se antepõe a outros elementos se colocando em primeiro lugar. O nível de sua valoração para o sistema social, político, religioso e jurídico o faz ocupar posição de destaque no conjunto de normas adotadas por esses sistemas.

Com efeito, o Princípio da Presunção de Inocência é uma das principais garantias constitucionais e processuais penais da ordem jurídica brasileira. Grosso modo, dispõe que todo acusado deve ser presumido inocente até os efeitos da coisa julgada material da sentença condenatória penal.

1.2. Diferenciação entre Norma-Princípio e Norma-Regra

Como será visto ao longo deste trabalho, a necessidade de se estabelecer a diferenciação entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais⁵, isso porque a presunção de inocência encarta diversos aspectos que a colocam, longe de qualquer dúvida, como um direito fundamental do indivíduo, consubstanciado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LVII.

³ BOBBIO, Norberto. *Principi generali Del diritto*. In: *Novissimo digesto italiano*, XIII, UTET: Turim:1966.p.893-894 *apud* BEZERRA, Raquel Tiago, 2012, p. 14.

⁴ Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/principio>. Acesso em: 06/10/2018.

⁵ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 86.

Inobstante a caracterização de cada um, regras e princípios são normas jurídicas, haja vista o conteúdo normativo do dever ser. Dito isto, a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas⁶. São diversas as abordagens teóricas acerca do tema. Entretanto, a que mais se destaca, por sua profundidade e aplicação prática, é a construída por Robert Alexy. Por conseguinte,

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2006, p. 87).

Para além da tese do grau de generalidade, há outros critérios, a saber: a determinação dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico etc. Todavia, de longe, a diferença qualitativa entre regras e princípios nos dá a orientação mais segura de sua aplicação, diante de sua abertura estrutural, axiológica. Neste ponto encontramos a medida da aplicação do princípio.

Assim, normas que garantam que um direito seja cumprido em sua maior totalidade possível, observadas as condições fáticas e jurídicas do caso, pressupõem a estrutura normativa de um princípio. Por isso, entende-se que:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2006, p. 90).

Na mesma senda, Maurício Zanoide de Moraes define que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus de consecução, são “mandamentos de otimização” que tendem a uma realização na maior intensidade possível (...). Uma norma-princípio é elaborada e deve ser interpretada a fim de que seja aplicada no maior grau de realização possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas. Não se olvide, porém, que não significa dizer que está garantido que sempre haverá sua total realização⁷.

⁶ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 86.

⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271.

Ora, o ponto essencial da análise do conceito de princípio é a sua orientação nuclear de um ordenamento jurídico, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello. Bem de ver que é verdadeiro alicerce dele [do sistema jurídico], disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸.

Em posição diametralmente oposta são as regras. Estas, por sua natureza constitutiva, “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁹. Não há, como nos princípios, um juízo de ponderação de valores ou de adequação ao contexto fático e jurídico. Bem por isso a sua aplicação é decorrência da subsunção do fato à norma, em sua integralidade, submetendo-se ao sistema do “tudo ou nada” (*all or nothing*) de aplicação.

Não se cogita, portanto, em maior ou menor aplicação; ao revés, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos, em virtude das “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁰.

Não é por outra razão que o ponto nevrálgico da distinção entre regras e princípios é a dimensão qualitativa.

Dito de outro modo, a regra é permeada de caráter descritivo sobre determinadas condutas, ditando o *modus operandi* como a ação deve ser conduzida, seja ação positiva ou negativa. O caráter descritivo, por sua vez, limita a incidência da regra, pois vinculada a uma situação fática predeterminada, já que a característica da transcendência é própria dos princípios.

Exemplificativamente, é como se o fato e a norma-regra funcionassem como operadores lógicos condicionais: o fato é o termo suficiente, enquanto a norma-regra o termo necessário.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1986. p. 230.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 91

¹⁰ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 91.

Destarte, quanto à alocação da presunção de inocência na posição das normas jurídicas (regras e princípios), Maurício Zanoide de Moraes salienta que a conclusão pretendida se concentra na análise de três critérios de avaliação: a estrutura normativa, a forma de aplicação e o conteúdo normativo-axiológico. As vias eleitas conduzirão, inexoravelmente, à conclusão de que a norma na qual se insere a presunção de inocência apresenta-se como norma-princípio. Essa é a perspectiva do autor:

Quanto à perspectiva do conteúdo (normativo-axiológico), porquanto sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é, como as normas-regras, prescritiva de condutas. Já quanto à estrutura normativa, a presunção de inocência se caracteriza também como princípio, por prescrever ‘fins e estados ideais a serem alcançados’, um ‘dever-ser’, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir. Atividade que será mais sofisticada e complexa na medida em que além das condições fático-jurídicas surgem inevitáveis contradições normativas (colisões com uma regra ou com outro princípio) a serem resolvidas. Por fim, [...] quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma ‘norma-princípio’. Observado o texto normativo da presunção de inocência e, ainda, cotejando-o com o sistema constitucional, mesmo observado apenas o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se coexistirem limitações sistêmicas da presunção de inocência, p.ex., pela prisão em flagrante ou por prisão provisória determinada judicialmente. [...] Ela poderá [assim], ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que os agentes não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas apenas que isso deve acontecer na ‘maior medida possível’. Possibilidade que se extrai das condições fático-jurídicas do caso concreto (MORAES, 2010, p. 273-274).

Percebemos, assim, que a presunção de inocência é critério axiológico-normativo, isto é, norma-princípio, por sua capacidade de oxigenar todo o sistema jurídico, irradiando seu conteúdo ao longo do ordenamento a que pertence. Lembrando que “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”¹¹.

1.3. Contornos históricos do Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência não é uma criação teórico-axiológica dos dias atuais. Ao contrário, embora sua origem histórica positivada esteja vinculada às transformações e reformas ocorridas no século XVIII, há registros de sua existência no Direito romano, nos conhecidos escritos de Trajano, “*satius esse impunitum relinqui*

¹¹ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 114.

*facinus nocentis, quam innocentem damnare*¹², sendo regra tradicional no sistema *common law*.

Na Idade Média, o princípio passou por um retrocesso valorativo, diante de novas metodologias e “meios eficazes” de regular a atividade persecutória do Estado, de base romano-canônica, criando um processo penal inquisitorial (escrito, secreto e sem contraditório), com a figura de um Estado-Juiz perverso e autoritário, de um lado; e o imputado, desde o início, com sua culpa presumida, do outro. Em sendo assim, verificamos que:

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Com efeito, do século XIII ao XVIII toda Europa Continental quedou-se ao sistema inquisitivo. De base eminentemente eclesial (Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico), o sistema de persecução inquisitorial concentrava nas mãos do Estado-Juiz a tarefa de acusar, defender e julgar, tendo a prisão preventiva como regra¹³. (Esse tema será abordado com maior profundidade em capítulo próprio).

O final do século XVIII foi marcado pela insurgência contra os postulados inquisitivos e abusos cometidos pelo Estado Absolutista ao direito de liberdade do cidadão, ensaiando o alvorecer de novos tempos. O cenário político e social abriu espaço para a tessitura das ideias e ideais iluministas, conduzindo a Assembleia Constituinte francesa, em 26 de agosto de 1789, a aprovar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – DDHC.

Como visto alhures, malgrado remonte à Antiguidade Clássica, a presunção de inocência consagrou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo positivado em seu inc. 9º, o qual assevera que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a

¹² “É melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente”.

¹³ MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18 *apud* FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>>. Acesso em: 06 out. 2018.

sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efectuar, deve ser severamente reprimido pela Lei”.

Todavia, palco de sua positivação, a França de 1789 não foi a responsável pela efervescência do debate acerca do princípio. Ficou a cargo da Escola Clássica, Escola Positivista e da Escola Técnico-Jurídica, todas na Itália, proceder aos estudos e críticas dispensados ao assunto.

Os adeptos da Escola Clássica vislumbravam na presunção de inocência uma condição de legitimidade da persecução penal, com claro propósito de mitigar o agir da acusação e do juiz, objetivando a máxima incolumidade do procedimento, evitando, desse modo, o arbítrio e o erro¹⁴. Buscou, com isso, reagir aos excessos cometidos pela justiça penal à época, a qual impunha graves penas corporais e infames, tendo como doutrinadores de vanguarda Cesare Beccaria e Francesco Carrara¹⁵.

No aã das transformações da época, o sistema acusatório promoveu sensível proteção ao estado de inocência do acusado, cujo objetivo precípua era romper com o sistema processual penal “das divindades”, isto é, a Santa Inquisição. Essa nova postura culminaria com a implantação do sistema da livre apreciação da prova, afastando a ideia de que caberia tão somente ao suspeito a prova de sua inocência perante a sociedade¹⁶.

Insofismável contribuição doutrinária, a publicação da obra *Dei Delitti e Delle Pene* – Dos Delitos e Das Penas –, do Marquês Cesare Beccaria, revisitou o conceito de presunção de inocência trazendo novos contornos à luz dos ideais iluministas. Bradou o Marquês que o “homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”¹⁷.

Observe-se a expressão “proteção pública” utilizada pelo Marquês. Já não se fala mais em um estado que suprime direitos individuais, mas, sim, responsável por tutelar

¹⁴ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

¹⁵ FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>>. Acesso em: 06 out. 2018.

¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret, p. 37.

as liberdades do cidadão, donde se conclui que a expressão encerra a ideia de oponibilidade a todos, inclusive ao próprio Estado-Juiz.

No mesmo sentido, Francesco Carrara elevou a presunção de inocência ao patamar de “‘postulado’ fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo”¹⁸. Ora, inquestionável era o desequilíbrio entre o *jus puniendi* do soberano e o *jus libertatis* do indivíduo, com a prevalência do primeiro diante do suposto indício de autoria do delito. Com o advento do princípio como garantia processual, o seu reconhecimento gestou “uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos no processo”¹⁹.

Na medida em que a consciência jurídica dos adeptos da Escola Clássica pululava os postulados do princípio da presunção de inocência, a Escola Positivista arregimentava ferozes reacionários.

Críticas pesadas partiram de Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, para os quais a presunção de inocência era “vazia”, “absurda” e “ilógica”²⁰, bem como, continua Ferrajoli, considerava, o primeiro, “a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves”²¹, de modo a considerar que ao imputado não deveria ser dispensado tratamento de presumido inocente, nem culpado, mas tão somente imputado; “e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade”²².

O emprego das críticas dizia respeito à ideia de que a valorização da presunção de inocência daria causa ao aumento da criminalidade, pois tornaria ineficaz combatê-la.

Entretanto, apesar da severidade com que a Escola Positivista censurava seus opositores, Vincenzo Manzini foi o responsável pelo “golpe de misericórdia”. Caudatário da Escola Técnico-Jurídica, Manzini considerou que a presunção de inocência não passava de “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados,

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 442.

¹⁹ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77-78.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 442.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 442

²² FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 442.

germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos"²³, explica Ferrajoli citando Manzini.

O expoente da Escola Técnico-Jurídica advogou pela incompatibilidade da presunção de inocência com o procedimento criminal, porque, se para a instauração de um processo ou aplicação de qualquer medida de segregação faz-se preciso indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, logo, a presunção deveria ser de culpabilidade, e não de inocência; isto é, a ausência de certeza de sua culpabilidade significa, necessariamente, que duvidosa, também, é a sua inocência²⁴.

No Brasil, hodiernamente, perfilha deste entendimento o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Paulo Rangel que, em curta expressão, dispõe que não adota a terminologia presunção de inocência, “pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”²⁵.

Paulo Rangel questiona a interpretação que é dada ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, sendo um dos dissensos da doutrina brasileira. Na apreciação,

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2015, p. 88).

Caminhando a passos largos, em meados do século XX (1939-1945), a Humanidade conheceu o aspecto mais selvagem e primitivo do homem. As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial puseram por terra os preceitos da filosofia moral idealizada por Emmanuel Kant, cujo objetivo “era definir uma forma de avaliar as motivações para a ação humana em todos os momentos da vida”²⁶.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 442

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 442.

²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

²⁶ MACIEL, Willyans. *Imperativo Categórico*. Disponível em: <https://www.infoescola.com/filosofia/imperativo-categorico/>. Acesso em: 07/10/2018.

Soçobrou, assim, o imperativo categórico kantiano o qual lecionou que deveríamos aceitar que o valor moral de uma ação se deriva de sua máxima e não por suas consequências.

As consequências advindas da ideologia nazista reacenderam o debate acerca da dignidade da pessoa humana. Nesse caótico cenário, a presunção de inocência despontou a nível global, sendo tutelada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, no art. 11.1, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem as garantias necessárias para sua defesa”²⁷.

O princípio entabulado na DUDH aponta qual o norte persecutivo a ser seguido pelos Estados Modernos, uma vez que estabelece que a demonstração da culpabilidade deve obedecer a certos critérios dentro de um procedimento público e legal, com a máxima efetividade do direito de defesa.

Em nível mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu como modelo para outros sistemas internacionais e seus respectivos documentos protetivos do princípio da presunção de inocência, a exemplo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (1950); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1990); e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Em nosso continente, coube à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH – assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 – a tarefa de positivar as garantias judiciais já dispostas nos documentos internacionais mencionados acima.

Dessa maneira, em seu art. 8.2, capítulo II, Dos Direitos Civis e Políticos, “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...)”²⁸.

²⁷Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 07/10/2018.

²⁸Convenção Americana sobre Direitos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 07/10/2018.

No plano interno, a positivação da presunção de inocência ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O período no qual o princípio da presunção de inocência se instalou no ordenamento jurídico brasileiro remete ao contexto social e político da redemocratização. O ideal da redemocratização alimentava a ideia de que as mazelas pelas quais o Brasil passou eram oriundas da má administração do Estado por parte dos governos militares.

Alcunhada de “Constituição Cidadã”, inúmeras garantias foram previstas, entre as quais: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; bem como princípios do contraditório e da ampla defesa, a proibição da prova ilícita, a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões judiciais²⁹.

Em que pese a positivação ter se dado apenas em 1988, o princípio encontrava-se implícito e era decorrência lógica da garantia do devido processo legal, principalmente pela adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Como dito, com a promulgação da CF/88, o princípio passou a constar expressamente no artigo 5º, inciso LVII, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nossa constituição seguiu o modelo da constituição italiana de 1948, com o *plus* de a fórmula adotada ser a mais abrangente da garantia, porquanto não limita a sua incidência ao processo penal, espraiando-se a todos “os estágios de repressão penal, inclusive às atividades policiais”³⁰.

A positivação, pelo menos em termos jurídicos, trouxe mais segurança aos jurisdicionados, pois a “submissão à jurisdição postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela **sentença definitiva de condenação**”³¹ (*grifo nosso*). Pelo quanto visto, a Constituição de 1988 foi o marco inaugural de uma nova sistemática processual brasileira.

De outro modo não haveria de ser. Pela primeira vez, o Brasil, revestido em Estado Democrático de Direito, fincou em seu ordenamento o princípio da presunção de

²⁹ LIMA, Ricardo Juvenal, 2016. *A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis/SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. p. 87.

³⁰ PASSOS, Luciano Maciel, 2003. *Presunção de Inocência*. Luciano Maciel Passos. Curitiba/Paraná: Universidade Tuiuti do Paraná – Faculdade de Ciências Jurídicas, 2003. p. 09.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Idem*. p. 441.

inocência, o qual é “pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”³², no sentir de Antônio Magalhães Gomes Filho, visando um processo penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até a sentença penal condenatória irreversível.

1.4. Presunção de Inocência e seus efeitos no Processo Penal Brasileiro

O vigente Código de Processo Penal Brasileiro – CPPB, promulgado em 1941, Era Vargas, foi completamente silente quanto à presunção de inocência, em função da influência da Itália fascista, em pleno apogeu da Segunda Grande-Guerra.

Assim, o CPPB/41 fora fortemente marcado pelo “Código Rocco”, Código de Processo Penal Italiano, instituído por Benito Mussolini em 1930 (não recepcionou a presunção de inocência por taxar como excesso de individualismo e garantismo).

Destarte, até o advento da Constituição de 1988, a postura político-ideológica processual brasileira estava orientada para a presunção da culpa. Entretanto, a partir da CF/88, a presunção de inocência ou, como preferem alguns, estado de inocência ou não culpabilidade, alcançou porte de princípio constitucional, irradiando seus efeitos para todo ordenamento infraconstitucional, uma vez que aplicado, outrossim, a processos de natureza não criminais.

Tamanha é a importância do princípio que Aury Lopes Jr. chegou a dizer que “podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”³³.

1.4.1. Processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais

Paulo Rangel, citando Rogério Lauria Tucci, assinala que o processo, como unidade, objetiva assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da

³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 19.

³³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr.* – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

República Federativa do Brasil, atentando-se à sinalização do caso penal, apresentando-se como instrumento técnico, público, político e ético do exercício da jurisdição³⁴.

Nesse momento, dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF/88) constitui uma segurança ao cidadão de que, embora lhe seja imputada a prática de determinado tipo penal incriminador, a ele “são assegurados todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado”³⁵, porque, se inocente é, “seu *status* de não culpabilidade se mantém intacto”³⁶ enquanto não sobrevier sentença penal condenatória transitada em julgado que desconstitua esse revestimento constitucional.

O Estado Democrático de Direito como ente garantidor das liberdades individuais utiliza a investigação criminal e o processo criminal como mecanismos de proteção do indivíduo e de suas garantias constitucionais. É dizer: o Estado está obrigado a medidas assecuratórias ao acusado concernente ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, independentemente de figurar no polo passivo da relação processual penal, ou ser indiciado em investigação preliminar.

A submissão à jurisdição pressupõe que o processo penal, ao respeitar a presunção de inocência, pastoreie a garantia do contraditório e da ampla defesa (entendida como autodefesa e efetiva participação de defesa técnica), porquanto o processo é “instrumento ético de participação política, de afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens”³⁷.

Como se observa, a presunção de inocência é um instrumento de viabilidade e garantidor do exercício das garantias constitucionais no Processo Penal Brasileiro. Por sua vez, as garantias se relacionam mais intimamente com o princípio na medida em que concedem à defesa a oportunidade de estar em paridade de armas durante a persecução penal.

³⁴ TUCCI, Rogério Laurina. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* – estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41. *Apud* RANGEL, Paulo. *Direito processual penal* / Paulo Rangel. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 525.

³⁵ RANGEL, Paulo. *Idem*. p. 525.

³⁶ RANGEL, Paulo. *Idem*. p. 525.

³⁷ KARAM, Maria Lúcia. p. 96. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 08 out. 2018.

Assim sendo, repise-se, o processo é instrumento constitucional garantidor da inviolabilidade de direitos assegurados ao investigado e ao réu, revestido de um caráter preventivo e investigativo, submetido ao princípio de jurisdição e ao princípio da presunção de inocência.

1.4.2. **Desdobramentos do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal**

A doutrina processualista convencionou atribuir à presunção de inocência três aspectos procedimentais ou três desdobramentos, vistos em diferentes partes do *iter* persecutório. São eles: o momento da instrução criminal, a valoração da prova, e, ao fim, durante o curso do processo penal.

Aury Lopes Jr. cunha a expressão “dever de tratamento” de modo genérico, subdividindo-o em duas dimensões: interna e externa ao processo. No entanto, exporemos também a divisão proposta por André Nicolitt (realizando um contraponto ao primeiro), para quem a axiologia tridimensional do princípio em análise remete à regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia.

1.4.2.1. **Regra de Tratamento**

Como já é consabido até aqui, a presunção de inocência possui característica absoluta. Não se trata de presunção *iuris tantum*, mas, ao contrário, de presunção *iuris et de jure*; pois, apenas ao Estado cabe sua desconstituição, por meio do trânsito em julgado de um édito condenatório.

Significa dizer que não basta a apresentação de provas que demonstrem o contrário, mas que sobrevenha uma sentença que torne imutável a qualidade de culpado para além do fim do processo.

Nessa esteira, a regra de tratamento se reveste de maior relevância ao tutelar a liberdade do indivíduo, conferindo-lhe o gozo da própria liberdade para que exerça seu direito de defesa, imprimindo ao Estado, por consequência, que não utilize o *jus puniendi* contra o acusado que não tenha uma condenação transitada em julgado. A regra de tratamento, invólucro constitucional do estado de inocência, possui efeito suspensivo frente aos efeitos da sentença penal condenatória que, para sua integral satisfação, necessita “passar em julgado”.

No mesmo sentido, embora recaia sobre o investigado e/ ou imputado a suspeita de empreitada criminosa, no curso das investigações e/ou do processo, deve ele ser tratado como inocente. Assim sendo, não pode o indivíduo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente. Ademais, o preservar do estado de inocência protege o indivíduo contra a exposição pública midiática que funciona como verdadeira antecipação da pena.

As famigeradas prisões cautelares, com suposto fim de assegurar a eficácia da investigação ou do processo, não fogem às limitações impostas pela incidência da regra de tratamento do indivíduo como inocente, sendo, em última análise, medida excepcionalíssima. Em inteligência semelhante, a presunção de inocência é vista como um verdadeiro dever de tratamento, atuante em duas dimensões:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab) uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?) (LOPES JR., 2015, p. 93).

Continua o advogado criminalista,

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR., 2015, p. 93).

Desta feita, a regra de tratamento barra qualquer pré-juízo condenatório, admitindo apenas que eventual cerceamento de liberdade somente poderá ocorrer em sede cautelar, justificada em hipóteses restritas.

1.4.2.2. Regra de Julgamento

A regra de julgamento se consolida no campo probatório, intensificando o entendimento de que o ônus da prova cabe àquele que acusa. “É exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação”³⁸, consoante lição de Aury Lopes Jr., com a responsabilidade de reconstruir os fatos que guardam relação com o fato criminoso.

³⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. *Idem*. p. 93

Em outros dizeres, significa que ao acusado não cabe provar a sua inocência. Diversamente, cabe à defesa a prova de eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória.

A regra possui grande influência no comportamento do julgador, pois força que sua decisão seja baseada em provas produzidas em juízo (salvo raríssimas exceções), capazes de produzir um juízo de certeza de autoria e materialidade que reverta o estado de inocência do imputado. Assim, meros indícios de autoria e materialidade sem vinculação ao imputado conduzem o julgador, inevitavelmente, a evocar a regra contida no art. 386, VII, do CPPB, *in verbis*: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

Nicolitt observa a regra de julgamento em três primas – presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *favor rei*. Para o jurista, os três institutos atuam em momentos processuais diversos, conquanto orientem a conduta do juiz na ocasião do julgamento.

Enquanto a presunção de inocência atua durante todo o curso do processo – inclusive antes, partindo do inquérito até a sentença transitada em julgado –, o *in dubio pro reo* tem incidência no julgamento, quando surgir uma dúvida. Frisamos: enquanto o primeiro atua em qualquer caso, o segundo só opera em situações de dúvida. A presunção de inocência apresenta-se como um verdadeiro direito subjetivo do cidadão de ser considerado inocente e, portanto, colocando sobre a acusação o ônus da prova, enquanto o *in dubio pro reo* é regra de interpretação dirigida ao juiz, que diante da dúvida não pode tomar outra decisão senão absolver o réu (NICOLITT, 2016, p. 156).

Arremata o autor, “opera o *favor rei* no impedimento da *reformatio in pejus*, na aplicação da lei mais benéfica ao acusado, na previsão de instrumentos processuais exclusivos da defesa, v. g., revisão criminal e embargos infringentes ou de nulidade”³⁹.

1.4.2.3. Regra de Garantia

O art. 5º da CF/88 salvaguarda um imenso rol de garantias ao cidadão, entre as quais a presunção de inocência. Esse conjunto de garantias visa a proteção de um bem jurídico maior – a dignidade da pessoa humana.

³⁹ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

O Estado-Juiz, ao exercer o seu *ius puniendi*, deve fazê-lo em estrita conformidade com as garantias constitucionais, condição legitimadora de um processo justo, a fim de que haja paridade de armas entre aquele e o acusado.

Assim, o devido processo legal (garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV, CF/88) contrabalança a desigualdade do suspeito, indiciado ou acusado que, “além de pertencer geralmente a uma classe social economicamente desfavorecida e marginalizada, encontra-se também sujeito a um modelo de processo que muitas vezes favorece a acusação em detrimento da defesa”⁴⁰.

Se, de um lado, a acusação ergue suposta existência de prática de crime; de outro, resta assegurar ao acusado a garantia de contraditar a suposta verdade acostada pela acusação, em observância ao art. 5º, LV, da CF/88, afastando de si “acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas”⁴¹.

Contraditar supõe a existência de defesa técnica efetiva e de autodefesa. A garantia constitucional processual da ampla defesa conduz à resistência adequada às acusações endereçadas ao réu, de modo que sem ela ruiria a proposta de um contraditório efetivo.

Luiz Flávio Gomes⁴² postula que se “viola a presunção de inocência como regra de garantia quando, na atividade acusatória ou probatória, não se observa estritamente o ordenamento jurídico”. Nesse diapasão, exsurge a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88). No entanto, parte da doutrina e jurisprudência tem admitido a prova ilícita se for produzida em defesa própria, desde que tal prova se destine ao exercício do direito de defesa.

Por todo o exposto, é de interesse social que o processo penal seja democrático, filtrado pelos direitos e garantias individuais, sendo garantidor da proteção contra a atuação arbitrária do Estado que, não raras vezes, fulmina a dignidade humana.

⁴⁰KARAM, Maria Lucia. p. 83 disponível em https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 09 out. 2018

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* / Aury Lopes Jr. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito e Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 116.

2. VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DO INQUISITIVO INQUÉRITO POLICIAL ANTE O SISTEMA ACUSATÓRIO

Proceder à análise da conformação do inquisitivo inquérito policial ante o sistema acusatório pressupõe o estudo dos sistemas processuais, ainda que seus delineamentos sirvam tão somente para uma análise histórica, em virtude de não haver mais sistemas puros, conforme concebidos no início do século XIII.

Grosso modo, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra as arbitrariedades do Estado, contrapondo-se ao sistema inquisitivo, em que, no Estado Totalitário, a repressão é a regra, havendo a supressão dos direitos e garantias individuais.

Curiosamente, porém, o modelo acusatório não marca uma evolução ao sistema inquisitório. Em verdade, falamos em involução política da ideologia punitiva, haja vista o primeiro ter reinado até meados do século XII, quando foi, pouco a pouco, substituído pelo segundo, que perdurou até finais do século XVIII e início do século XIX.

2.1. Noções gerais sobre Sistema

Conceituar sistema é entendê-lo como um “conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação” (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova fronteira. p. 1.594).

Por essa razão, define-se o sistema processual penal como um conjunto de princípios e regras constitucionais, consoante o contexto político de cada Estado, sob influências de natureza teológica, econômica, filosófica e jurídica – ainda que estes em menor grau –, que servem de norte para o estabelecimento dos parâmetros para subsunção do direito penal a cada situação fática.

Com efeito, Paulo Rangel prescreve que é imprescindível partir da ideia de que

o Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória (RANGEL, 2015, p. 47).

Na busca de um meio termo, porém, tentativa de resolução das inadequações dos sistemas anteriores, surge o “sistema misto”, que, como o próprio nome sugere, concentra características do acusatório e inquisitivo.

A razão de ser da existência do processo alude ao fato de haver um embate de forças opostas: indivíduo e Estado, que contrapõem interesses coletivos e individuais, na busca entre o equilíbrio da aplicação da lei (os princípios da autoridade), e a busca da justiça em sua maior medida de satisfação, sem que exorbite os parâmetros legais (liberdade individual). Com isso, objetiva-se evitar o abuso do poder estatal.

Dito isso, vamos analisar os sistemas processuais acusatório, inquisitivo e misto, apontando as principais características de cada um, a fim de que possamos chegar ou não à viabilidade constitucional do inquérito diante do sistema acusatório, entabulado sob as bases do “princípio dispositivo”.

2.2. Sistemas Processuais

2.2.1. Sistema Inquisitório

Tido como o modelo processual mais cruel, em razão dos métodos adotados para alcançar a verdade dos fatos, o sistema inquisitivo se desenvolveu durante o Estado Absolutista, sendo fortemente influenciado pelo direito canônico e, como visto algures, foi adotado pela maioria das legislações europeias entre os séculos XIII e XVIII.

Teve como postulado o combate à heresia – opiniões divergentes quanto aos mandamentos da Igreja Católica, sendo implementado pelo Tribunal do Santo Ofício. Particularmente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴³ identifica que:

O Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão. Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate. Algumas medidas já haviam

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa : v. 46, n. 183 (jul./set. 2009). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 27 out. 2018.

sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes.

Verdadeira involução da política de persecução criminal surge como reação ao acusatório privado, já que aos particulares, à época, era atribuída a tarefa de iniciar a persecução penal e isso gerava o grande inconveniente da impunidade (haja vista que a acusação era realidade ao alvedrio do particular) ou tornava a justiça algo dispendioso.

Como isso criava uma espécie de condicionamento para a busca da defesa social, o Estado vindicou para si o direito de apurar as infrações e aplicar as respectivas penalidades, não mais atuando como agente delegante. De certa forma, ao avocar essa delegação, pensou-se substituir um “mal maior” por um “mal menor”.

De mero delegante, o Estado passou a reunir em apenas um órgão as funções processuais de acusar e julgar. Desse modo, não há construção dialética do processo, contraditório e imparcialidade do julgador. Portanto, inexiste a separação das funções entre personagens diversos, uma vez que o juiz, além de iniciar o processo, opera a defesa técnica do réu e, absurdamente, julga-o.

Ademais, o sentido de formulação da conclusão do processo é inverso: o juiz não decide com base nas provas carreadas aos autos pelas partes, mas, ao contrário, submerso em sua íntima convicção, busca convencer aquelas a partir de um juízo de valor emitido desde o início da ação.

Ainda em relação à prova, havia o sistema legal de valoração: que nada mais que um sistema no qual as provas possuem hierarquia, cujo valor de cada uma é predefinido, sem que haja valoração individual de acordo com o caso concreto. O valor predeterminado conduzia à limitação do magistrado, adstrito ao *quantum* atribuído à prova, sem que dispusesse de meios para eleger significados de acordo com as circunstâncias fáticas. Neste sistema, a confissão era tida como rainha de todas as provas.

Nesse contexto, o magistrado possuía o condão de construir provas a fim de formar sua convicção sobre o fato-típico e o réu, utilizando-se, conforme exposto acima, da confissão do acusado cuja obtenção se fazia mediante tortura ou outro meio cruel.

Aury Lopes Jr.⁴⁴ lembra que a engenhosidade do sistema previa duas fases: inquirição geral e inquirição especial. À geral competia a comprovação da autoria e da materialidade, com caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à especial, que se ocupava da condenação e castigo.

Nesse diapasão, o sistema processual inquisitorial é entabulado pelas seguintes características: i) reunião das três funções processuais (acusar, defender e julgar) em uma única pessoa – o juiz; ii) vigora o sigilo dos atos; iii) não há paridade de armas entre as partes; iv) parcialidade do julgador; v) sistema de provas tarifadas; vi) inexistência de contraditório e ampla defesa, diante da coisificação do acusado, que lhe suprime a condição de sujeitos de direitos, desprovido de qualquer garantia; vii) o sujeito é considerado culpado, até que se prove o contrário.

Inobstante essas características sempre serem utilizadas para conceituar o sistema inquisitório, há quem diga que é equivocado identificá-lo como escrito e sigiloso, pelo fato de essas características serem secundárias, e não primárias. Isso ocorre porque no sistema acusatório também há a escrita e o sigilo.

De mais a mais, o juízo de valor empregado seleciona os elementos essenciais para identificá-los, o que conduz ao estabelecimento de um nexo entre sistema acusatório e modelo garantista, e, por outro lado, entre sistema inquisitivo, modelo autoritário e eficácia repressiva. Portanto, senão histórica ou teoricamente, nenhum dos dois sistemas se apresentou num estado puro, mas sempre combinando alguns elementos que não são lógico ou axiologicamente necessários⁴⁵.

O sistema inquisitivo é, por excelência, um violador de garantias constitucionais existentes dentro de um Estado Democrático de Direito. O seu oposto é a possibilidade de assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, o sistema inquisitório perdurou até fins do século XVIII. No início do século XIX, os movimentos filosóficos e a valorização do ser humano transcenderam o debate teórico, oxigenando o novo modo de pensar o processo.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 152

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 563-564.

2.2.2. Sistema Acusatório

Em termos de origem histórica (há dissenso, entretanto), o Sistema Processual Acusatório remonta a dois sistemas normativos importantes na história da civilização ocidental: o direito grego e o direito romano.

Na Grécia da Antiguidade Clássica, o povo possuía efetiva participação do processo de acusar e julgar, cujo exercício dizia respeito à natureza da infração cometida: nos delitos de maior gravidade, a legitimidade para acusar era geral, qualquer pessoa podia fazê-lo; enquanto nos delitos de menor gravidade, vigorava a acusação privada⁴⁶. Os dois sistemas se assemelhavam ao que conhecemos hoje como ação penal pública incondicionada e ação penal pública de iniciativa privada.

Em condições semelhantes, na Roma Antiga, surgiu a *cognitio* e a *accusatio*. No primeiro, órgãos do Estado detinham os maiores poderes, na pessoa do magistrado. Ao povo era atribuído um recurso de anulação – *provocatio* –, quando o condenado fosse cidadão ou varão. Nessa situação, o magistrado era o responsável por apresentar os elementos necessários à nova decisão.

No segundo, a *accusatio* competia a um cidadão do povo, sempre que este espontaneamente se dispusesse a assumir o encargo. Historicamente, esse *modus operandi* de persecução e do exercício da ação penal registra o momento em que as atribuições são divididas entre o Estado-Juiz e um representante voluntário da coletividade.

Contudo, embora se apresentasse como um modelo mais democrático, reviravoltas à época, misturadas com a insuficiência do sistema diante das novas demandas repressivas, contribuíram para o retrocesso persecutório. Com efeito, assinala Aury Lopes Jr., em sua obra “Fundamentos do Processo Penal” (2016, p.146), que a insatisfação com o referido sistema teve como consequência a invasão dos juízes nas atribuições dos acusadores privados, aglutinando as funções de julgar e acusar em um único órgão estatal.

O maior inconveniente e crítica atribuída ao sistema acusatório dizia respeito à inércia do juiz frente à atividade incompleta das partes, o que conduz o magistrado a

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Idem*. p. 150.

decidir, no mais das vezes, com base em um material probatório defeituoso. Não à toa que este foi o fundamento para a existência de poderes instrutórios do juiz.

Esse cenário de gangorra do sistema processual penal foi visto novamente, mencionado alhures, entre os séculos XII a XIX, durante a Idade Média (Tribunal do Santo Ofício) e Estado Moderno (por meio da Revolução Francesa, que inaugurou ideologias e postulados de valorização do homem).

Interessante perceber que, modernamente, o sistema acusatório não se distancia muito daquele previsto na Antiguidade Clássica. Como antônimo do sistema inquisitivo, marca a separação das funções entre acusar e julgar.

Desse modo, o juiz é um órgão cuja imparcialidade decorre de previsões legais, devendo sua inércia ser alterada quando provocado pelas partes envolvidas na relação processual. De outro lado, a acusação compete ao autor, sujeito a quem incumbe o ônus de provar a imputação penal para que tenha seu pedido satisfeito; e, além deles, o réu, percebido aqui como sujeito de direitos, protegido pelo Estado Democrático de Direito, utilizando-se de todos os meios e recursos de defesa inerentes ao processo constitucionalizado.

Seria possível falar em “Trindade” do sistema acusatório, em virtude da existência de três figuras distintas, cada uma com seu rateio de funções processuais. O que se tem aqui é uma busca pela verdade por meio do contraditório. O ponto distintivo é que

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio*, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal (RANGEL, 2015, p. 49).

Em apertada síntese, o que diferencia sobremaneira a forma acusatória da inquisitória é o fato de, na primeira, as funções acusar, defender e julgar serem distribuídas a três órgãos distintos: acusador, defensor e juiz, respectivamente. Por outro lado, no inquisitório, segunda forma, as referidas funções se aglutinam em uma mesma pessoa. O que culmina, inegavelmente, com o tratamento coisificado do réu, mitigando a sua posição ontológica dentro de um ordenamento oxigenado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, a doutrina é bastante convergente quanto às características do sistema acusatório, convencendo a atribuir a ele os seguintes delineamentos:

i) clara separação entre as atividades de acusar e julgar; ii) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); iii) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; iv) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); v) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); vi) plena publicidade de todo o procedimento (o u de sua maior parte); vii) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); viii) ausência de uma tarife probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; xix) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; x) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2016, p. 147).

Essa ordenação dialética do processo põe nas mãos das partes a incumbência de iniciar o processo, bem como, ao longo de se *iter*, a tarefa da produção de provas. Ainda, incompatibiliza a atuação ativa do magistrado de se imiscuir na prática de atos de caráter probatórios ou persecutórios; decretar, *ex officio*, a busca e apreensão, ou condenar o réu sem que tenha havido pedido formulado pelo Ministério Público, entre tantos outros dispositivos que já não são mais comportados pelo sistema acusatório-constitucional.

Por fim,

(...) a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente a garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório (LOPES JR., 2016, p. 48-49).

Diante disso, todas essas características tendem a criar um processo penal constitucionalmente democrático, por revelar maior imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz ao sentenciar, e por dispensar tratamento ao acusado condizente com seu estado de inocência, cuja mácula somente advirá com o trânsito da sentença que o considere culpado.

2.2.3. Sistema Francês ou Misto

A denominação de sistema “misto” já o acusa: reúne elementos identificadores dos sistemas acusatório e inquisitivo, possuindo origem no Código Napoleônico (1808) e sendo dividido em duas fases distintas – fase pré-processual e fase processual.

Na fase pré-processual é visível a nota caracterizadora do sistema inquisitivo, haja vista a gestão da prova nas mãos do juiz. O magistrado instrui o processo, colhendo provas, realizando a coleta de informações a fim de subsidiar, ou não, a acusação.

Sem que adentremos, ainda, no mérito, o Inquérito Policial, espécie de investigação preliminar, é essencialmente inquisitório pelo fato de a produção e valoração das provas está a cargo do Delegado de Polícia, a quem é atribuída a tarefa de indiciar, ou não, o investigado, sem que haja ampla defesa e exercício efetivo do contraditório. Ademais, o procedimento é escrito, secreto e o autor do fato-típico é visto como objeto da investigação.

Em sentido oposto, na fase processual, ou judicial, há a figura do Ministério Público como acusador, com clara divisão entre acusação e defesa, sendo respeitados o debate oral, público e o contraditório. O acusado permanece revestido das garantias constitucionais, incumbindo ao MP o ônus de demonstrar a culpa daquele.

Embora a doutrina majoritária entenda que o Processo Penal Brasileiro seja misto, pela divisão das fases pré-processual e processual, inquisitiva e acusatória, respectivamente,

(...) a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385) (LOPES JR., 2015, 48-49).

Nesse contexto, o Processo Penal Brasileiro seria essencialmente inquisitivo, uma vez que a fase processual não é acusatória, mas neoinquisitória, tendo em vista que a gestão da prova se concentra nas mãos do juiz. Isso porque é inconcebível um sistema acusatório sem que exista imparcialidade do julgador e respeito ao contraditório.

Todavia, divergindo de Aury Lopes Jr., Paulo Rangel preceitua que

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias (RANGEL, 2015, p. 71).

2.3. Inquérito Policial

Desde a sua solidificação, ao Estado Moderno incumbe a responsabilidade de identificar, coibir, prevenir, apurar e penalizar os detratores da lei. Essa atividade é dividida em fases, entre os diversos órgãos pertencentes ao Estado, com o objetivo de que uma autoridade não se imiscua na responsabilidade legalmente atribuída à outra.

Como condição mínima, a relação jurídica processual necessita de informações suficientes e bastantes para a instauração do processo criminal. Esse *quantum* é colhido por meio de um procedimento prévio, na investigação preliminar, denominado Inquérito Policial.

Com efeito, os fundamentos que autorizam a existência do Inquérito Policial é a busca do fato oculto, a sua função simbólica e o fim de evitar acusações infundadas. Está situado na fase pré-processual, assim como as comissões parlamentares de inquérito – CPI, sindicâncias etc.

No entanto, nos limites deste trabalho, deter-nos-emos à espécie Inquérito Policial, do gênero investigação preliminar. Portanto, não traremos à baila a investigação realizada pelas CPI's, pelos Tribunais, Ministério Público e/ou outros órgãos que também detém a capacidade investigativa.

O Inquérito Policial, em linhas gerais, cuida de investigar a existência de elementos de autoria e materialidade delitiva, funcionando como filtro processual para separar fatos típicos dos atípicos. Dessa maneira, é formado por um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado (*lato sensu*), iniciado por uma *notitia criminis*, sendo prévio e preparatório à relação processual penal, para subsidiar ou não o surgimento da ação penal.

Com efeito, o Inquérito Policial é o instrumento utilizado pela polícia judiciária, órgão integrante da função Executiva, para iniciar a persecução penal, com controle das investigações realizado pelo Ministério Público, consoante art. 129, VII, da CF/88.

2.3.1. Conceito, natureza jurídica e funções

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, Decreto-lei nº 3.689, cuja vigência se mantém intacta, define a investigação preliminar de inquérito policial, guardando, assim, íntima relação com o órgão que, dentro da estrutura da função Executiva, é responsável por sua abertura, a polícia judiciária, cuja finalidade é a apuração das infrações penais e da sua autoria, de acordo com o art. 4º, do CPPB.

Não há um conceito legal sobre inquérito policial, razão pela qual a doutrina costuma conceituá-lo a partir da identificação de suas principais características. Desse modo, podemos dizer que o inquérito policial é um procedimento preparatório, prescindível, de natureza administrativa (não há autoridade com potestade jurisdicional), inquisitorial e não contraditório destinado a apurar a prática de crimes e identificar os seus responsáveis.

Por essa razão, inquérito policial é a somatória de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para apurar o cometimento de infração penal e sua autoria, com o intento de subsidiar a formação da *opinio delicti* do MP, titular da ação penal, órgão acusador.

Nos ensinamento de Mirabete⁴⁷,

inquérito policial é todo procedimento destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de se obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.

Entretanto, para além da investigação do fato penal e de sua autoria, o Inquérito Policial tem função garantista e utilitarista. A primeira evita que seja instaurada ação penal injusta, protegendo o estado de inocência do indivíduo contra acusações arbitrárias; e o próprio Estado, contra os custos e inutilidade de uma ação penal descabida.

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.76.

Por outro lado, a segunda funciona como medida preparatória-cautelar, por propiciar ao titular da ação penal, pública ou privada, Ministério Público e ofendido, respectivamente, os elementos que sirvam de base para sustentar a pretensão acusatória: indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva.

Destarte, o procedimento administrativo em apreço serve como limitador do abuso do poder estatal, garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Por esse motivo, o IP é meramente informativo, sem emitir juízo de valor sobre o fato típico e seu suposto autor.

Em últimas palavras, IP não é imprescindível à propositura da Ação Penal, uma vez que o MP, dispondo de elementos necessários (*notitia criminis* ou peças de informação) que instruem a ação, pode intentar esta independentemente da existência do aludido procedimento.

O art. 6º do CPPB estabelece que a polícia judiciária, dentro do procedimento em testilha, deverá: i) dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; ii) apreender objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; iii) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; iv) ouvir o ofendido; v) ouvir o indiciado, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; vi) proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; vii) determinar, se for o caso, que se proceda ao exame de corpo de delito e a quaisquer perícias; viii) ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Continuando, o Inquérito Policial possui algumas características que serão analisadas adiante, a saber: seu caráter discricionário, indisponível, inquisitivo, escrito, prescindível e sigiloso.

2.3.2. Características

2.3.2.1. Discricionariedade

A discricionariedade é característica básica do ato administrativo, que significa livre apreciação legal (porque dentro dos limites da lei, artigos. 6º e 7º do CPPB) a ser

feita pela autoridade competente quanto aos aspectos relativos ao *modus* de agir para apurar o fato criminoso.

É a liberdade legal, de acordo com os critérios de conveniência e necessidade das investigações, para realizar as diligências que a autoridade policial entender cabíveis e indispensáveis à elucidação dos fatos, a fim de atingir o resultado último do procedimento: a autoria e materialidade delitiva.

A discricionariedade é prevista no art. 14 do CPPB, o qual afirma que as diligências são discricionárias, em regra, porém, à defesa cabe fazer apontamentos sobre elas, as quais serão recebidas pelo delegado, que somente as providenciará quando as entenda oportunas.

Em que pese a disposição legal, a discricionariedade não é absoluta, sendo mitigada no exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios (art. 158 do CPPB) e em caso de requisição determinada pelo MP e Magistrados (art. 13, II, do CPPB).

Fechando, autoridade no assunto, Mirabete⁴⁸ leciona que

As atribuições concedidas à polícia no inquérito policial são de caráter **discricionário**, ou seja, têm elas a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro, porém, de um campo cujos limites são fixados estritamente pelo direito. Lícito é, por isso, à autoridade policial deferir ou indeferir qualquer pedido de prova feito pelo indiciado ou ofendido (art.14), não estando sujeita a autoridade policial a suspeição (art.17). O ato de polícia é auto-executável, pois independe de prévia autorização do Poder judiciário para a sua concretização jurídico-material. Não se trata, porém, de atividade arbitrária, estando submetida ao controle jurisdicional posterior, que se exerce através do habeas corpus, mandada de segurança e de outros remédios específicos (grifo do autor).

2.3.2.2. Indisponibilidade

Instaurado o Inquérito Policial, seja pela notícia de um crime ou uma prisão em flagrante, não pode a autoridade policial determinar o seu arquivamento, por ser ato defeso pelo art. 17 do CPPB.

Ao final das investigações, à autoridade policial cabem apenas duas possibilidades, que fará constar no relatório final do procedimento inquisitivo: proceder

⁴⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61.

ao ato de indiciamento (desde que presentes o *fumus commissis delicti*) ou deixar de indiciar o investigado.

Nesse sentido, sua análise técnico-jurídica dos fatos não poderá opinar sobre a propositura ou não da ação e, conseqüentemente, em caso de inexistência de autoria e materialidade delitiva, a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

O caminho é o seguinte: encaminhará os autos ao Poder Judiciário que, mediante parecer do *Parquet*, procederá ao respectivo arquivamento.

2.3.2.3. **Inquisitivo**

O caráter inquisitivo decorre do fato de o IP ter natureza administrativa e ser um procedimento, e não um processo. A nota diferencial entre um e outro é a existência ou não do contraditório e da ampla defesa. Portanto, como regra, os princípios do contraditório e da ampla defesa são reservados à segunda fase da persecução criminal, isto é, à ação penal, inaugurada após o recebimento da denúncia.

Ademais, a “instrução” do procedimento é atribuição da autoridade policial, responsável pela condução das investigações, o que significa dizer que não se faz necessário o rigor formal dos atos adotado pelo juiz no processo, bem como não necessita apresentar seus atos às partes para que estas se manifestem.

Ressalte-se, porém, que ao indiciado é dispensado um conjunto de direitos fundamentais, entre os quais o direito ao silêncio, interrogatório (art. 6, V, do CPPB), defesa técnica por meio de advogado, requerimento de diligências (art. 14 do CPPB) etc. O que ocorre é que esse sistema de garantias em nada tem a ver com o contraditório e a ampla defesa (haja vista a autodefesa ser mínima e a ausência de advogado não invalidar o ato administrativo), mas apenas direito à informação e garantia de defesa.

2.3.2.4. **Escrito**

Consoante o art. 9º do Código de Processo Penal Brasileiro, todas as peças de informação serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Todavia, essa característica deve ser analisada considerando o avanço das novas tecnologias. Assim o é que se faz necessário a extensão do *quantum* descrito no art. 405, § 1º, do CPPB (redação dada pela Lei n. 11.719 de 2008), a respeito da instrução processual, para alcançar o Inquérito Policial. Dispõe, *in verbis*:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de **gravação magnética, estenotipia, digital** ou **técnica similar**, inclusive **audiovisual**, destinada a obter maior fidelidade das informações (grifo nosso).

2.3.2.5. **Prescindível**

O Inquérito Policial não é peça fundamental para a propositura da ação penal, isto é, *conditio sine a qua non*. Em verdade, funciona como instrumento para apuração das infrações penais e da sua autoria.

Inobstante, caso o *Parquet* tenha um arcabouço probatório com indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, não há obrigatoriedade na instauração do procedimento administrativo policial. É o que decorre da leitura do art. 12 do CPPB, quando informa que o IP acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

A justificativa para a dispensabilidade está na possibilidade de existência de outras peças de informação para que seja oferecida a denúncia ou queixa, ou seja, sempre será necessária a existência de um mínimo de informações. Sem suporte probatório, é inviável a ação penal. Ademais, o procedimento administrativo é **indispensável** para a autoridade policial sempre que esta se deparar com um crime de ação penal pública, consoante art. 5º, I, do CPPB.

Com efeito, a dispensabilidade atinge tão somente o Ministério Público, que, diante da provocação de qualquer pessoa do povo, nos casos de ação pública, que forneça, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, poderá oferecer a denúncia ao juízo competente (art. 27 do CPPB) sem a necessidade da instauração do IP.

2.3.2.6. Sigiloso

No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos que emanem de autoridade pública, seja ela judiciária ou administrativa, em todos os níveis de governo, conforme orienta os art. 5º, XXXIII, e art. 37 da Constituição Federal.

No entanto, o próprio texto constitucional fez a ressalva à publicidade, quando a atuação estatal estiver diante de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Assim, a publicidade poderá ser mitigada, igualmente, no resguardo da intimidade e do interesse social.

Nessa esteira, o CPPB, em seu art. 20, estabelece que “a autoridade assegurará no inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

A autoridade policial dispõe da discricionariedade em decretar o sigilo no IP, em função do juízo de conveniência e oportunidade. Mas não é só: o sigilo da investigação visa garantir celeridade e eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Como bem observa Nicolitt⁴⁹, “o sigilo tem dupla função: preservar o indiciado (função garantista) e assegurar a eficácia da investigação (função utilitarista)”. Na função garantista, desdobra-se o sigilo em externo e interno. O primeiro diz respeito àqueles que estão fora do procedimento, p. ex., a mídia, que, com sua influência penalizadora, fere a dignidade do indiciado. O sigilo interno, decerto, abrange aqueles envolvidos pela tessitura do inquérito, referindo-se ao indiciado e seu advogado. Não abrange, portanto, o juiz e o Ministério Público.

Não se olvide, porém, que o sigilo interno relativo ao defensor do indiciado diz respeito apenas às diligências em andamento, não alcançando aquelas já documentadas nos autos do IP, de acordo com entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 14.

⁴⁹ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 198.

Com efeito, o Estatuto da OAB e da Advocacia dispõe que é direito do advogado do indiciado “examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos” (art. 7º, XIII, da Lei n. 8.906/94).

Dessa maneira, o caráter sigiloso se justifica como medida assecuratória das investigações, diante da possibilidade do perdimento de provas, ameaças às testemunhas e toda sorte de situação que possa prejudicar a verificação da existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução criminal.

2.4. **Inquérito Policial e o sistema acusatório-constitucional**

O Inquérito Policial está assentado no Título II do Código de Processo Penal Brasileiro. Como mencionado neste trabalho, o CPPB possui forte inspiração do “Código Rocco” (código fascista italiano) e foi editado durante o Estado Novo, fato que justifica os seus matizes autoritários.

É de se dizer que é nesta fase onde há o maior número de violações a direitos fundamentais, com a estigmatização do indiciado, antecipação da culpa etc. Diante desse quadro de crise, é imprescindível que o IP esteja revestido das garantias constitucionais asseguradas à fase processual, uma vez que se trata de procedimento administrativo que envolve um conflito de interesses que pode ou não refletir na composição de uma relação processual penal.

Consabido até aqui, o IP tem caráter inquisitivo, haja vista as diligências preliminares serem meramente informativas, razão pela qual erroneamente consideram incabível o contraditório e ampla defesa.

Por essa razão, a investigação preliminar processual, comumente chamado Inquérito Policial, sofre discussões e críticas severas (por lhe faltar um rito pormenorizado de sua instrução), haja vista não ter ficado imune às influências autoritárias. Há que se levar em conta, contudo, a sua análise crítica, sob o prisma do garantismo penal, decorrência axiológica da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação da CF/88, o IP, que antes constava apenas no CPPB, passou a constar expressamente no texto constitucional sendo, portanto, oxigenado pelos princípios constitucionais inerentes à nova ordem. No entanto, mesmo com a sua constitucionalização, as garantias, princípios e direitos constitucionais não têm possibilitado à fase preliminar um sopesamento dos princípios inquisitivos que regem o procedimento policial.

Lembra-se que a “constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico”⁵⁰, traduzindo-se na imediata aplicação da Constituição a situações variadas, servindo de eixo-hermenêutico na interpretação das normas infraconstitucionais. Significa, por assim dizer, na irradiação dos valores, princípios e regras por todo o sistema jurídico, inclusive, por obviedade infantil, no sistema de persecução criminal, seja ele em fase preliminar seja em fase processual.

Ensina o autor Luís Roberto Barroso, citado por Silvânia Margarida⁵¹, que qualquer operação de realização envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se à Constituição:

- a) Diretamente: quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art.150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º. LVI);
- b) Indiretamente: quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Para o autor, as possibilidades interpretativas incluem:

O reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela são incompatíveis; a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador.

⁵⁰ MARGARIDA, Silvana Mendonça Almeida. *A constitucionalização do direito sob a ótica de Luís Roberto Barroso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31231&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁵¹ MARGARIDA, Silvana Mendonça. *Idem*.

Ora, a doutrina majoritária considera que o sistema processual brasileiro é o sistema acusatório, observando o art. 5º, LV, da CF/88, que dispõe expressamente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e as **acusados em geral** são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifo nosso). Apesar desse consenso, alguns autores excluem o **indiciado** da garantia constitucional. A esse respeito Aury Lopes Jr. rebate, afirmando que

É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, 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 e com o intuito de proteger também ao indiciado (LOPES JR., 2015, p. 170).

Pelo exposto, podemos opinar favoravelmente sobre a viabilidade constitucional do inquérito policial, contudo, com algumas reservas. O conjunto de diligências que compõe o procedimento padece de vício de constitucionalidade, por, a nosso entender, conter normas não recepcionadas pelo CF. Principalmente, por inviabilizar ao indiciado o exercício de garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa.

Ocorre que parte da doutrina ainda, inutilmente, se debate entre a alocação do IP como sendo processo administrativo, mero procedimento administrativo ou fase pré-processual, donde surge a discussão sobre a incidência ou não de direitos e garantias constitucionais. O equívoco maior, já foi dito, decorre do fato de se olvidar que a presunção de inocência pressuposto de todas as outras garantias do processo.

Data vênia, pensamos que, independentemente de qual posição seja enquadrado, o IP não pode estar imune à incidência da irradiação dos princípios e garantias elencados na CF/88. Com efeito, não há se falar em critério discricionário na aplicação destes elementos limitadores do poder estatal.

Finalizando, Lauria Tucci, citado por Aury Lopes Jr.⁵², preleciona que

(...) de modo também indubioso, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, conseqüentemente, a de procedimento

⁵² LAURIA TUCCI, Rogério; CRUZ e TUCCI, José Rogério, *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo, RT, 1993. p. 25 e ss *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr.* – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171.

administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o *inquérito policial*.

Fica claro que a defasagem do inquérito policial culmina em severos prejuízos ao investigado, porque lhe impossibilita o acesso aos princípios do contraditório e da ampla defesa. É preciso, portanto, não perder de vista que a dignidade da pessoa humana é o fundamento maior da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.

3. CONTORNOS DO DEVIDO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

3.1. Palavras Preambulares

Toda pessoa humana tem o direito de ser presumida inocente, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte francesa, em 1789; até os dias atuais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O reflexo desta afirmação conduz à inexorável conclusão de sua fundamental importância para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. É de se dizer, de acordo com José Afonso da Silva,

(...) a norma constitucional do artigo 5º, inciso LVII, garante a *presunção de inocência* por meio de um enunciado negativo universal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória” (SILVA, 2014, p. 158) (grifo do autor).

A postura de alguma doutrina sobre a (des) necessidade da incidência de princípios reflexos à presunção de inocência sobre o IP se dá, essencialmente, pelo fato de considerar que o indiciamento não acomete nenhuma consequência negativa ao indivíduo, chegando a propor que “*o indiciado de hoje não é, necessariamente, o réu de amanhã*”⁵³. Discordamos desta afirmação. Se repercussão negativa não há; positiva muito menos.

Nessa toada, o Inquérito Policial atinge não só direitos fundamentais do cidadão-investigado, a, p. ex., ter bens jurídicos relevantes restringidos, como a liberdade, patrimônio e intimidade; mas, igualmente, gera repercussões em sede judicial.

Nessa ordem de ideias, a maior ou menor importância da discussão sobre o efetivo respeito à Presunção de Inocência dentro do IP não está condicionada (ou, pelo menos, não deveria estar) a confusões terminológicas e/ou conceituais – a norma protetora seria aplicável somente aos *acusados*, e não aos suspeitos ou indiciados – a ponto de ter o condão de aniquilar o princípio fundamental-constitucional.

⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2001, p. 165 *apud* LOPES JR., Aury., Ricardo Jacobson Gloeckner. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. – 6. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Já ficou assentado neste trabalho que advogamos no sentido de considerar que, dentro da expressão *acusados em geral*, estão contidos os suspeitos e indiciados, apoiados em doutrina de peso. Muito se tem dito, e com razão, que o IP não compõe uma relação jurídica entre partes (um litígio com acusação formalizada), porém, é inegável o conflito de interesses que o permeia: basta analisar os atos que compõem o processo/procedimento e verificar-se-á que afetam o exercício de direitos fundamentais.

Por essas e outras razões podemos dizer que “o debate reside mais numa questão terminológica do que propriamente substancial ou de conteúdo. Cuida-se de objeção mais de amplitude da atuação defensiva do que de sua existência”⁵⁴.

É de se verificar que a controvérsia não se atém à aplicação ou não dos princípios constitucionais da legalidade e devido processo legal, presunção de inocência, direito ao silêncio; defesa e contraditório, garantia da dignidade do investigado e motivação das decisões. Por outro lado, a aceitação teórica de tais princípios é quase que consensual, mas, pelo contrário, a celeuma reside na efetivação deles⁵⁵.

Neste momento, outra questão se levanta: a força normativa dos princípios constitucionais, notadamente a presunção de inocência, e aqueles que dele decorrem. Não nos parece amador retomar essa questão, e por duas razões: primeira, se superamos a ideia de que a expressão *acusados em geral* também abarca indiciados e suspeitos; e segundo, se superamos a atecnia legislativa ao tratar processo o que é procedimento, e vice-versa, qual o entrave para o efetivo respeito à força normativa dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa no Inquérito Policial?

E mais: ao considerar a força normativa dos princípios constitucionais como importante meio de interpretação hermenêutica de todo o ordenamento jurídico pretendemos uma rotura com o ordenamento anterior – leia-se: normais infraconstitucionais – ainda arraigado em um passado de ineficiência que não mais se

⁵⁴ MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. Consultor Jurídico, Brasília-DF: 01 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 06 out. 2018

⁵⁵ Mendes, Gerri Adriani. O paradigma constitucional de investigação criminal. / Gerri Adriani Mendes. – Porto Alegre, 2010, p. 165.

amolda ao presente. Consoante Paulo Bonavides⁵⁶, “Os princípios uma vez constitucionalizados se fazem *a chave de todo o sistema normativo*” (grifo nosso).

O que se pretende dizer com tudo isso é que, a partir do momento em que promulgamos uma nova Constituição, e, nela, contém princípios reitores da relação persecutória do Estado entre o indivíduo, a nova ordem constitucional estabelece uma hegemonia axiológica dos princípios, estes alçados ao patamar de parâmetros normativos que se irradiam sobre todo o ordenamento infraconstitucional. Com efeito, a relação entre a nova Constituição e a ordem jurídica anterior se dá pela teoria da recepção.

O Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689/41, é resquício normativo de um ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 – prole de seu tempo, portanto. Como visto algures, embora se advogue pela viabilidade constitucional do inquérito policial ante o sistema acusatório, há certos atos e elementos inseridos no procedimento/processo policial que não foram recepcionados pela CF/88.

Inquestionavelmente, o ordenamento não comporta incongruências (ou, pelo menos, não deveria), instabilidades que põe em xeque a unidade e harmonia de suas normas. Isso porque o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, um sistema normativo, significando que “os principais problemas vinculados à existência de um ordenamento são os problemas que nascem das relações das diversas normas entre si”⁵⁷.

O IP compõe o chamado sistema acusatório misto, de modo que, se é verdade que integra o sistema de persecução criminal-constitucional, sobre o procedimento/processo também deveria recair os efeitos dos princípios que orientam a segunda fase. Explica-se: não se trata de dois sistemas de persecução criminal que, em um determinado tempo-espço, volvem-se um para o outro. Na verdade, o sistema é uno, dividido em duas fases. O processo penal não é, isoladamente, a fase judicial; ao contrário, é, também, a fase de investigação preliminar. O IP está contido no processo penal.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12 Ed. São Paulo: Malheiros, p. 231.

⁵⁷ BOBBIO. Norberto. Teoria Geral do Direito; Tradução Denise Agostinetti. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 200.

Por todo o exposto, traçar os contornos do devido respeito ao princípio da presunção de inocência em sede de IP requer que o perquiridor não se furte em considerar a crise pela qual passa o procedimento/processo policial (a aglutinação de atos que deveriam ser praticados na fase processual), notadamente em relação a alguns de seus elementos, que coloca esta espécie de investigação preliminar no debate sobre sua recepção constitucional.

Evidentemente, os limites deste trabalho não comportam uma análise cognitiva exauriente do devido respeito ao princípio da presunção de inocência em todo o IP. Por essa razão, abordaremos o “Reconhecimento do indiciado como sujeito de direitos”, o “Respeito à regra de tratamento e a espetacularização do Inquérito Policial”, a “Participação do indiciado no Inquérito Policial: justificação e legitimidade”, o “Direito de Defesa e Contraditório no Inquérito Policial”, o “Interrogatório como meio de prova e de defesa no Inquérito Policial” e, por fim, o “Direito a não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*) e as intervenções corporais”; aspectos que consideramos importantes para a efetiva aplicação do princípio em apreço na peça incoativa.

3.2. Reconhecimento do indiciado como sujeito de direitos

A conceituação de sujeito de direitos guarda íntima relação com a ideia de Estado Democrático de Direito. Por sua vez, no Estado Democrático de Direito, a tutela jurisdicional visa garantir o respeito das liberdades civis, zelando pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais.

Em verdade, é nesta realidade jurídico-social que encontramos os indivíduos como centros subjetivos de direitos e deveres. De meros meios com os quais o Estado atingia a consecução de seus objetivos, os indivíduos atingiram o *status* de núcleo ontológico para o qual o Estado imprime todos os seus esforços a fim de concretizar o bem-comum.

Entretanto, nos “áureos” tempos do sistema processual inquisitivo, o investigado/indiciado foi rebaixado à condição de objeto da “ciência investigativa”, cujos direitos e garantias não se lhes reservavam. Embora haja uma discrepante distância no tempo-história, o direito penal do inimigo soube criar uma espécie de “tredestinação lícita”, recolocando o indiciado como coisa da investigação preliminar.

Todavia, o único objeto da investigação é o fato delituoso. É por meio deste que se chega até o suposto autor. Esta asserção é verificada nas palavras de Aury Lopes Jr.⁵⁸, ao entender que o indiciado, sujeito de direitos que é, deve ser tratado na condição de pessoa e, por isso, a investigação criminal nada mais é que o fato contido na *notitia criminis*, ou seja, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre a qual recai a totalidade dos atos realizados nesta fase.

Inclusive, reconhecer que o indivíduo é sujeito de direitos é, antes, reconhecer que nele há dignidade. Como bem observou Emmanuel Kant, tudo aquilo que não se pode atribuir valor (precificar) possui, portanto, dignidade; considerando o indivíduo como um fim em si mesmo. Por essa razão o legislador brasileiro alçou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, positivado no art. 1º, III, da CF/88.

O plexo de direitos que envolvem o sujeito de direitos não pode estar limitado a apenas uma fase da persecução penal. Seria dizer que o Inquérito Policial é terra-de-ninguém, local no qual a Constituição Federal não tem domínio, não incide seus valores, princípios e regras. Ao contrário, se reconhecemos que o investigado é pessoa, inevitavelmente concluiremos que ele possui dignidade. Indo além: sendo a dignidade algo inerente ao ser humano e fundamento de direitos, a presunção de inocência no Inquérito Policial é uma realidade concreta e inafastável.

Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito brasileiro reserva ao indiciado o direito à Igualdade, componente do conceito de justiça, como medida a eliminar do ordenamento qualquer norma contrária à igualdade entre os sujeitos em relações que conflitem interesses.

Ademais, a norma constitucional que versa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF) condiciona o agir ou não agir do indiciado tão somente por meio da anterior existência de lei. Esse direito possui várias expressões, entre as quais: anterioridade da lei, vigência da lei, retroatividade da lei etc.

Continuando, o art. 5º, III, da CF, estabelece a norma declaratória-constitucional de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁵⁸ LOPES JR., Aury., Ricardo Jacobson Gloeckner. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. – 6. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 441.

Significa dizer que o indiciado não pode ser compelido, moral ou psicologicamente, a confessar (como, no mais das vezes, é feito nas Delegacias de Polícia), bem como nenhum ato da investigação preliminar pode macular o invólucro constitucional da inocência, sob pena de mitigação da dignidade do sujeito e de todos os seus direitos.

Em sede de Inquérito Policial, talvez o direito ao silêncio seja um dos mais emblemáticos. Em análise perfunctória convém dizer que o indivíduo investigado/indiciado tem o direito de se manter calado, nada expressar às perquirições da autoridade policial, sem que isso resulte em prejuízo próprio. É expressão da autodefesa e preservação da liberdade, intimidade, segurança etc.

O conjunto dos direitos dispostos acima serve para declarar que a presunção de inocência apenas se infirma por meio de um édito condenatório transitado em julgado, por óbvio, em sede judicial, e não preliminar. Ainda que haja provas que apontem o indivíduo como autor do fato delituoso, no âmbito do IP, o *status* de culpado e, portanto, a desconsideração do estado de inocência, se dará apenas quando esgotadas todas as possibilidades de se recorrer da *sentença penal condenatória transitada em julgado*.

3.3. Respeito à regra de tratamento e espetacularização do Inquérito Policial

Retomamos a análise quanto à regra de tratamento em virtude de ser uma exigência intrínseca ao núcleo do princípio da presunção de inocência, atuando em nível endógeno e exógeno à peça incoativa policial. Desconsiderar esse dever esvazia o princípio deixando o investigado/indiciado sujeito a toda sorte de violações.

Se o indivíduo é reputado inocente, como inocente deve ser tratado, ainda que sobre ele recaiam suspeitas de ser o autor de determinado ilícito penal. O respeito a essa regra de tratamento dispensa, inclusive, um ato formal de indiciamento ou acusação por parte dos órgãos de persecução do Estado.

É condição do ser. A inteligência de Maurício Zanoide de Moraes nos orienta que a expressão do princípio como regra de tratamento vai

(...) desde os primeiros instantes da fase de investigação preliminar, se houver um juízo de atribuição de fato criminoso a alguém, a presunção de

inocência tutelar⁵⁹ o imputado com toda a extensão que a Constituição exige, (...) protegendo como ‘norma de tratamento’ (...) (MORAES, 2010, p. 495).

Esse dever de tratamento deve minimizar ao máximo o uso de medidas que restrinjam a liberdade do investigado/indiciado, notadamente em relação às prisões cautelares (evitando a antecipação da pena e a restrição à liberdade antes do trânsito em julgado), haja vista o desprestígio social, físico e moral que essas medidas impõem. É um verdadeiro desprestígio ante outros cidadãos.

Ademais, o dever de tratamento implica que o inquérito policial em andamento não pode servir de base para formalizar maus antecedentes, consoante a súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, caso o indivíduo esteja respondendo a processo criminal.

Outro aspecto importante a que se deve respeito ao dever de tratamento é a exposição pública do investigado/indiciado. É preciso reconhecer que o indivíduo submetido à persecução criminal frequentemente se encontra sob a aflição da repercussão midiática desse fato, que chega a ser algo mais gravoso que a própria sentença condenatória. A opinião pública cria o espectro da condenação social antecipada. Diversamente da pena judicial, a pena social perdurará mesmo quando o indiciado for declarado inocente, após, e se, figurar no polo passivo da ação penal.

Equivale dizer que o respeito à presunção de inocência no IP considera defeso às autoridades as informações públicas sobre as investigações, cujas expressões remontem a uma suspeita de culpabilidade do indivíduo. Assim, protege-se contra a publicidade abusiva e estigmatização do sujeito, funcionando como “limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso (...). O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”, conforme explica Aury Lopes Jr⁵⁹.

Não é demais dizer que o sensacionalismo da mídia congrega interesses escusos, que violam a ética profissional e o direito-dever de informar. O malbaratamento da informação, disseminada com carga emocional, influencia a população, constituída de sujeitos acríticos, que a assimila de acordo com o juízo de valor empregado na sua veiculação.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93-94.

Nessa toada, a Era da Informação nos possibilita ocupar a posição de vários sujeitos, bem como:

(...) desencadeia uma série de investigações, conjecturas, informações, indiscrições. Policiais e magistrados, de vigilantes, convertem-se em vigiados por grupos de voluntários dispostos a apontar cada um dos seus movimentos, interpretar cada um dos seus gestos e publicar cada uma de suas palavras (CARNELUTTI, 2001, p. 48).

Vivemos em um contexto onde tudo vira produto e, portanto, comercializável. Desse modo, os meios de comunicação sensacionalistas, ávidos de *ibope*, distorcem as informações colhidas, menosprezam a apuração dos fatos e fazem uso promíscuo das informações do Inquérito Policial para impressionar aos telespectadores.

Essa degeneração no modo de informar e deturpação da pessoa do investigado/indiciado cria no imaginário da coletividade um desejo de vingança. O jornal vira novela. De um lado, a mídia, expressão de uma sociedade que já não mais suporta as mazelas cometidas pela criminalidade; de outro, o investigado/indiciado, o joio que deve ser separado do trigo. E pior: a exposição da mídia não é ética.

A experiência tem nos mostrado que:

Em uma palavra, a própria história converte-se em meio de diversão. A crônica policial e a literatura policial servem de distração num contexto cotidiano tão triste. Desse modo, a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, converte-se numa espécie de esporte. As pessoas se apaixonam assim como num jogo de caça ao tesouro. Jornalistas profissionais, diletantes e improvisados mais competem do que colaboram com as autoridades policiais e os juízes. E o que é ainda pior: assim eles mantêm seus negócios (CARNELUTTI, p. 48, 2001).

Nesse contexto, diante dos estragos causados pela espetacularização do Inquérito Policial, é imprescindível o respeito à regra de tratamento, exigível pela própria natureza da presunção de inocência, haja vista sendo inocente (e ainda que não venha a ser em sede judicial) lhe é garantido o direito à proteção da imagem, a honra, vida privada e intimidade.

A fim de proteger o indivíduo da mídia sensacionalista, a esta deveria ser reservada a exposição apenas quanto houvesse acusação formal, e dentro dos parâmetros éticos. Considerando que a sociedade é atécnica, não identificar e expor pessoas que sejam investigadas em IP sugere uma forma eficaz de se dirimir a violação à regra de tratamento e, conseqüentemente, ao estado de inocência, possibilitando a

proteção sob dois vieses: direitos personalíssimos do investigado/indiciado e proteção contra a influência no julgamento da causa, em sendo o caso de instauração de ação penal.

3.4. Participação do indiciado no Inquérito Policial: justificação e legitimidade

Em evidente verdade o Inquérito Policial encerra um conflito de interesses. Partindo dessa premissa, verificamos a necessidade, com autorização constitucional e infraconstitucional, da participação do indiciado no inquérito policial. É medida que se impõe deveras. Não se presume inocente a quem se impossibilita a participação nas investigações. Claro, sem olvidar o respeito à incolumidade das investigações.

Com efeito, a participação ativa da pessoa do investigado possibilita o acesso à jurisdição para corrigir eventuais desvios e para exercer o seu direito à defesa, que não é um direito qualquer, mas que traz a garantia de que possa ser exercido de forma ampla⁶⁰.

A justificativa a essa participação, já foi dito aqui, aliás, é a existência de atos realizados pela autoridade administrativa que preside o procedimento investigatório que, de *per si*, são verdadeiros geradores de restrição à liberdade pessoal e patrimonial do suspeito, quando não de sua incolumidade moral; pelo que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e os princípios constitucionais da presunção de inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa etc. conduzem à possibilidade de intervenção do sujeito passivo na investigação preliminar.

A legitimidade da intervenção do investigado no Inquérito Policial decorre da análise da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, ainda que de forma perfunctória, razão pela qual, embora “se não afirma claramente, também não nega a possibilidade ou mesmo o direito à participação do indiciado em inquérito policial”⁶¹.

⁶⁰ DE CASTRO GAVIORNO, Gracimeri Vieira. Garantias Constitucionais do indiciado no Inquérito Policial: controvérsias históricas e contemporâneas. / Gracimeri Vieira de Castro Gaviorno. – Vitória – ES, 2006, p. 97.

⁶¹ DE CASTRO GAVIORNO, Gracimeri Vieira. *Idem*. p. 130.

A interpretação constitucional das leis infraconstitucionais busca conferir a máxima efetividade aos direitos e garantias fundamentais, cuja aplicação, diga-se de passagem, é imediata.

No que toca à legitimidade constitucional, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), “associado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, procura dar efetividade a outros direitos também constitucionalmente reconhecidos, destacando-se o direito à liberdade de locomoção e de propriedade”⁶². Outro aspecto constitucional importante é a garantia de assistência jurídica, pública ou privada. Esta garantia precisa ser compreendida como uma garantia técnica efetiva, sem que exija que o advogado ou defensor público quedem-se inerte diante dos atos praticados no inquérito, sem que possam se manifestar.

Na seara infraconstitucional, destaca-se o Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº 8.906/94. O art. 7º do referido diploma dispõe sobre preceitos que indicam a possibilidade do advogado zelar pela defesa de seu cliente ainda na fase de investigação preliminar. Dessa forma, as restrições às prerrogativas advocatícias, que acabam por macular a defesa do indiciado, estão adstritas à reserva de jurisdição. Assim, a intervenção do investigado, na pessoa de seu advogado, nos autos da peça incoativa permite que a defesa técnica fiscalize os atos da autoridade policial, a fim de se evitar e corrigir desvios cometidos.

Ao observar a vontade do legislador constitucional, verifica-se, ainda, que a edição da Lei nº 8.906, se deu em meados do ano de 1994, ou seja, aproximadamente seis anos após a promulgação da Constituição atual, demonstrando claramente a tendência legislativa em conferir alguma participação do indiciado já na fase de investigação preliminar⁶³.

Noutra monta, o art. 14 do Código de Processo Penal Brasileiro dirige ao indiciado a possibilidade de requerer a realização de perícias, cuja análise cumulada com o art. 176 do mesmo diploma aponta para a possibilidade de apresentar quesitos.

A participação do sujeito passivo na investigação policial, como se viu, possui justificação e legitimidade constitucional e infraconstitucional. Doravante, abordaremos

⁶² DE CASTRO GAVIORNO, Gracimeri Vieira. *Idem.* p. 131.

⁶³ DE CASTRO GAVIORNO, Gracimeri Vieira. *Idem.* p. 138.

o ponto nodal dessa participação, qual seja: o direito de defesa, tendo em vista ser a premissa do conteúdo da intervenção do investigado, no magistério de Aury Lopes Jr.

3.5. Direito de Defesa e Contraditório no Inquérito Policial

Ao chegar neste ponto do presente trabalho, acreditamos ter vencido a controvérsia acerca da existência do contraditório e direito de defesa no curso do inquérito policial. No tópico “3.1.” deste capítulo, aliás, já afirmamos que a celeuma é meramente terminológica, e não de conteúdo. A existência é clarividente; no entanto, padece de amplitude, efetividade. São estes os pilares para que a presunção de inocência tenha efetividade.

Como bem redarguiu Aury Lopes Jr.,

Entendemos que o ponto nevrálgico da questão está na definição do alcance do art. 5º, LV, da CB, dispondo expressamente que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (LOPES JR., 2014, p. 443) (grifo do autor).

Nesse diapasão, optou o legislador por uma postura garantista, não servindo de base a óbices alegar que o termo *acusados* não contempla os *indiciados*. Porém, a inteligência legislativa (a que fazem vista grossa) utilizou a expressão *acusados em geral* como forma de estender a proteção constitucional também àqueles sujeitos ao indiciamento, isto é, “ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais”⁶⁴.

Com a imputação e, mormente com o contraditório que se cria da comunicação da existência e do conteúdo da imputação, nasce para o sujeito passivo a possibilidade de resistir à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no procedimento na busca de provas de descargo ou, ao menos, que possam atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo⁶⁵. Como não há contraditório pleno na investigação preliminar, diz-se direito à informação, visto que é por meio dele que a defesa será exercida.

Assim, entende-se por contraditório, em sede de investigação policial, o direito à ciência do procedimento em curso, seus atos e elementos informativos, bem assim o

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Idem.* p. 445.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Idem.* p. 467.

direito a participar deles, a fim de influir na conclusão. Este acesso às informações do *quantum* praticado no procedimento possibilita ao investigado e seu defensor a elaboração de estratégias para exercer a resistência, contrapondo-se aos atos desfavoráveis, culminando no convencimento da autoridade administrativa.

Embora se diga que o contraditório é mitigado, existe uma relação simbiótica entre este e a ampla defesa, afinal:

O contraditório e a ampla defesa são princípios ligados intimamente. Todavia, possuem traços distintivos e não se confundem, do contrário bastava a Constituição fazer referência a um só deles, o que não ocorreu. Assim, enquanto a ampla defesa é voltada para um dos polos da relação processual (o réu) o contraditório diz respeito às partes (autor, réu e intervenientes), sendo possível delinear contornos claros de ambos os princípios, a começar pelo contraditório (NICOLITT, 2016, p. 50).

De outro lado, a ampla defesa tem um espectro de abrangência maior, indo desde a autodefesa – em seu favor (defesa positiva) ou se abstendo de produzir provas que militem contra si (defesa negativa), em respeito ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, ou por meio de defensor (defesa técnica), assim como requerer diligências e apresentar razões e quesitos. Com efeito, o contraditório possibilita a informação dos atos praticados enquanto a ampla defesa possibilita a reação àqueles.

A ampla defesa está consagrada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, bem como no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como bem ensina Aury Lopes Jr.⁶⁶, “o direito de defesa não é um direito autônomo, mas, sim, um direito-réplica que nasce da agressão que representa para o sujeito passivo uma imputação”, ou ser objeto de diligências e vigilância policial.

De mais a mais, “o direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da Justiça”⁶⁷.

Como afirmado em outras linhas, o direito de defesa se manifesta sob várias formas. A defesa técnica é exercida por quem dispõe de qualificação profissional, com conhecido técnico-jurídico. Ao se analisar a posição de hipossuficiência do investigado, sujeito sem conhecimentos jurídicos necessários e suficientes para repelir a agressão da investigação policial, se entende o porquê de a defesa técnica ser indisponível. É ela, a

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Idem*. p. 469.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Idem*. p. 470.

defesa técnica, quem assegura a paridade de armas no inquérito, com o fito de se proteger o estado de inocência.

A defesa técnica é tão necessária que o próprio Estado se viu compelido a criar um serviço público de defesa, haja vista que “a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social”⁶⁸, razão pela qual da existência da Defensoria Pública, prevista no art. 134 da CF/88. Inobstante a existência e exigibilidade constitucionais da ampla defesa, a sua eficácia resta limitada. Por esse motivo o exercício da defesa é muito mais verificável de forma exógena ao inquérito.

A fim de atuar sem embaraços, à defesa técnica é assegurado um conjunto de garantias na Lei 8.906/94, principalmente em seu art. 7º, entre as quais: comunicar-se com o cliente, pessoal ou reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo.

Noutro prisma, o direito de defesa comporta a autodefesa cujo fundamento é a possibilidade de o investigado resistir pessoalmente às formulações feitas pela autoridade policial. A maior expressão da defesa pessoal é no interrogatório (tratado em tópico próprio). A autodefesa se desdobra em positiva e negativa.

A primeira é consubstanciada na possibilidade de o investigado praticar atos, declarar, constituir defensor, participar de acareações, reconhecimentos etc. É a contraposição a atos da investigação, resistindo ao poder persecutório do Estado. Ora, é nítido que a inocência não se prova, mas, sim, a culpa.

O segundo, por sua vez, é a possibilidade de nada declarar, abster-se de responder às perquirições dos agentes de polícia, sem que isso fulmine seu estado de inocência, criando uma presunção de culpa pela omissão. Ademais, trata-se do direito

⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Idem.* p. 472.

ao silêncio, direito constitucional previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”.

Ao analisar o art. 7.4 da CADH, Aury Lopes Jr.⁶⁹ aponta algumas garantias que interessam no inquérito policial, destacando que, para a real efetividade dos direitos acima delineados, são imprescindíveis duas mudanças fundamentais na estrutura do sistema brasileiro:

1. Que seja introduzida uma disposição legal que obrigue/garanta que toda e qualquer notícia-crime da qual resulte uma imputação fundada contra a pessoa determinada seja imediatamente comunicada ao imputado, para que possa exercer seu direito de defesa atuando no procedimento (...). É imprescindível que no inquérito policial seja consagrado normativamente o momento em que deve entender-se produzida a imputação, o dever de comunicação da sua existência e conteúdo, para se assegurar um mínimo de contraditório e direito de defesa.
2. Que seja introduzida uma fase intermediária contraditória e oral (uma audiência), para que existe um juízo efetivo de pré-admissibilidade da acusação, evitando processos infundados e permitindo um contraditório real e efetivo, bem como uma maior eficácia da defesa.

Pelo *quantum* visto até aqui, a persecução penal, notadamente o inquérito policial, como instrumento democrático de investigação e garantidor dos direitos do investigado/indiciado, deve permitir que o sujeito exponha suas razões e influa no convencimento do delegado de polícia, considerando o risco a que está exposta a liberdade dele. Respeitar o predicado da inocência é reconhecer o contraditório e a ampla defesa como características básicas do inquérito policial, evitando a equivocada mensagem de que a defesa é algo a ser colocada em segundo plano, na investigação preliminar⁷⁰.

3.6. Interrogatório como meio de prova e de defesa no Inquérito Policial

Conceitualmente, interrogatório consiste em declarações do investigado resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a este fato. É a inquirição do indiciado, no inquérito.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *Idem*. p. 446.

⁷⁰ MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. Consultor Jurídico, Brasília-DF: 01 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 06 out. 2018

É, portanto, ato personalíssimo, presidido pela autoridade policial, no qual se indaga sobre um fato supostamente criminoso, oportunizando ao perquirido a apresentação de sua versão dos fatos que lhe estão sendo imputados. Por esse motivo, deve ser espontâneo, livre de pressões internas ou externas, bem como insuscetível de tratamento cruel ou degradante.

Em termos normativos, o interrogatório é previsto no art. 185 do CPPB, que dispõe que “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”. O interrogatório policial é apenas mero ato de investigação, sem valor probatório no processo.

A natureza jurídica do instituto é questão tormentosa: uns se dividem em dizer que é meio de prova; outros, meio de defesa. Há aqueles que, buscando um meio termo, aduzem ser, ao mesmo tempo, meio de prova e meio de defesa. Topograficamente, no CPPB, o instituto está contido no Capítulo referente às provas. A classificação do instituto guarda íntima relação com a “vigência” dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório.

O perquirido, utilizando o interrogatório como meio de prova, pode apresentar relevantes indícios e provas à autoridade policial. De outro lado, ao defender-se, pode alegar alguma excludente de culpabilidade ou de ilicitude que milite em seu favor.

Neste trabalho, vamos nos filiar à corrente que trata o interrogatório como meio de prova e de defesa, expressão da defesa pessoal. Isso porque, consoante Aury Lopes Jr.:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas, sim, como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (LOPES JR., 2014, p. 484).

Com efeito, o interrogatório é, em primeiro plano, meio de defesa; em segundo, meio de prova. O primeiro prevalece sobre o segundo. Essa conclusão é arrematada pelo sistema constitucional de garantias, pela concepção do investigado como sujeito de direitos dentro do modelo acusatório misto.

Inclusive, a visão que se tinha de que o interrogatório servia tão somente para obter a confissão do crime imputado ao indiciado resta ultrapassada. O próprio CPPB, na Exposição de Motivos, afirma veementemente que a confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma dela terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra⁷¹.

Em sede infraconstitucional, a natureza preponderante do interrogatório como meio de defesa fora afirmada com a edição da Lei 10.792/2003, que obriga a presença do defensor no momento do interrogatório. A defesa, técnica ou pessoal, é a limitação ao *jus puniendi* estatal, que deve respeitar as garantias impostas pelo ordenamento para que busque a pretensão punitiva.

Já repisado em linhas anteriores, a defesa é uma garantia de contraposição, de resistência às formulações feitas pela autoridade administrativa, neste caso, dentro do interrogatório.

Em análise conclusiva, podemos dizer que, caso o interrogatório continue a ser uma espécie de prova, não há tantos problemas, considerando que as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Entretanto, o fundamental, em uma concepção de processo na qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa. Pelo que se observa, o interrogatório se reveste, efetivamente, em mais uma oportunidade de defesa que se oportuniza ao acusado, de maneira a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo⁷².

Todo o esforço empreendido para respeitar esses direitos e garantias constitucionais socorre ao princípio da presunção de inocência no inquérito policial. É inconcebível que o procedimento/processo policial tenha o condão de afastar os reflexos de uma norma-princípio constitucional, como o estado de inocência. Cumprir fielmente

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Idem*. p. 482.

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3. ed.; 3. tir. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330.

a cartilha do sistema acusatório-constitucional é garantir o respeito e efetividade a esse princípio tão caro a qualquer democracia.

3.7. Direito a não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*) e as intervenções corporais

O direito a não se autoincriminar, Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, é expresso em dimensões variadas, comportando o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), direito de não cooperar com as investigações policiais, direito de não ceder seu corpo para produção de prova incriminatória entre outros, atuando como importante expressão da autodefesa.

Encontramos sua fundamentação legal tanto no direito interno quanto no direito internacional. Como mencionado acima, algumas de suas dimensões estão contidas na Constituição Federal (art. 5º, LXII), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, g) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g).

Em síntese, entende-se por direito a não se autoincriminar a possibilidade jurídica de o indivíduo se abster de praticar qualquer ato, omissivo ou comissivo, que produza provas em seu desfavor. É a oponibilidade ao Estado de não obrigar ao sujeito passivo do processo/procedimento policial, por meio de fraude, coação, física ou moral, pressão, tortura etc., a exercer qualquer manifestação (oral, documental, material etc.) que tenha natureza incriminatória.

Todo este arcabouço jurídico, consolidado custosamente ao longo dos tempos, ratifica que o estado de inocência do indivíduo deve ser levado a cabo até a sua ulterior desconstituição, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O exercício desse direito a não produzir provas contra si mesmo no Inquérito Policial constitui impeditivo jurídico para que a autoridade policial submeta o investigado/indiciado a intervenções corporais sem o consentimento dele. O que não significa dizer que o suspeito não possa dispor desse direito; como conteúdo da autodefesa, é disponível, portanto, renunciável.

As intervenções corporais são medidas de investigação realizadas no corpo do suspeito/indiciado, sem obrigação de serem realizadas com seu consentimento, seja por meio de coação direta, cujo objetivo é encontrar elementos probatórios de

interesse processual, que expressem as condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito. Como exemplos destas intervenções, temos a extração de sangue, exalação de ar, coleta de urina, impressões digitais etc.

A questão ganha relevo, porém, quanto há a existência de interesses contrapostos: a necessidade de obtenção de material genético diretamente do organismo do suspeito, para o andamento das investigações, e a recusa do sujeito passivo em colaborar. A carga que a recusa implica não pode ter o condão de induzir à presunção da culpa, pois é decorrência do princípio da presunção de inocência a incumbência à produção de provas àquele que acusa (em sentido geral).

A submissão do indivíduo às práticas de produção de provas, sem o seu consentimento, além de violar o seu constitucional estado de inocência, viola outros direitos constitucionalmente assegurados, entre os quais: o direito à vida (art. 5º), inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X), bem como o direito à vedação de submissão à tortura, a tratamento desumano ou degradante (art. 5º III).

Inobstante a consagração dos direitos expostos, há quem entenda que, inexistindo direito à fuga, à exposição de documento falso por parte do indiciado/réu, à prestação de informações falsas por parte do investigado, a ingerência ao corpo do sujeito passivo não guardaria qualquer vício de inconstitucionalidade. A única afronta seria tão somente se as intervenções fossem desnecessárias, gravosas ou se interferissem na capacidade de autodeterminação do indivíduo. Discordamos. Mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana parece ceder espaço ao *jus puniendi* do Estado.

O cenário que se cria, no sistema de persecução criminal brasileiro, representando mitigações dos direitos e garantias fundamentais do indiciado, é a revalorização da forma inquisitiva de se operar a investigação preliminar. Por assim dizer,

[é o] (...) dogma da verdade real ou da “verdade biológica”, que suplantaria, serviria como uma fonte epistemológica para que a perícia sirva como uma espécie de “prova plena”, o que equivale a um retorno ao inquisitório e suas regras probatórias. Além disso, não se pode esquecer-se da circunstância de transformar, ou melhor, reconduzir o investigado de “objeto da prova” e não como sujeito de direitos. Assim, interpretado como um objeto do qual ainda continua a possibilitar o alcance ‘à verdade (biológica, agora)’, temos um

agravamento da cultura inquisitória, amplamente consolidada no Brasil (LOPES JR., 2014, p. 493-494).

É inconcebível que a limitação a esses direitos fundamentais se dê em plano de normas abaixo da Constituição Federal. Quando muito, poderia se dar apenas por norma constitucional. É, portanto, resquício da cultura inquisitória o desrespeito à dignidade do suspeito, que o vê como objeto da investigação, a ser analisado, minudenciado e obliterado em sua liberdade, vontade e usufruto de seus direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho, percebemos que todo esforço intelectual empreendido em sua elaboração nos permitiu concluir que a proposta inicialmente planejada foi atingida, qual seja, identificação da mitigação do Princípio da Presunção de Inocência no Inquérito Policial, bem como a construção do devido respeito ao princípio na peça incoativa.

O Inquérito Policial é a nossa principal peça investigativa preliminar, dentro do contexto da persecução penal. Por essa razão, o processo/procedimento se apresenta como um instrumento voltado para a apuração das infrações penais e sua autoria, a fim de subsidiar ao respectivo titular da ação penal os elementos necessários para a sua promoção.

No decorrer da história da política de persecução penal, e mais ainda agora, o IP é identificado como um procedimento que suscita polêmicas, por estar enraizado na política persecutória de 1941 – em pleno auge dos regimes nazista e fascista –, e, em decorrência disso, insistir em não ceder à filtragem constitucional que todas as normas passaram a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Após a discussão, iniciada com o estudo do aporte histórico do princípio da presunção de inocência, seus efeitos no processo penal brasileiro, a viabilidade constitucional do inquisitivo inquérito policial ante o sistema acusatório e, por fim, o traçado do devido respeito ao princípio em comento, constatou-se que o debate acerca da inefetividade do estado de inocência resultado de confusão terminológica do que propriamente substancial ou de conteúdo, bem como da falta de reconhecimento da presunção de inocência como pressuposto de todas as outras garantias do processo.

A Constituição Federal, ao estabelecer que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, presumiu inocente todo aquele que estivesse sendo alvo de uma investigação ou figurando no polo passivo da ação penal, independentemente da natureza jurídica do procedimento adotado. Essa presunção impõe ao *ius puniendi* Estatal o dever de respeito às regras consolidadas constitucionalmente, entre elas: devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.

Inobstante a força normativa dos princípios constitucionais, a efetividade da presunção de inocência esbarra em confusões terminológicas e/ou conceituais sobre a aplicação de princípios correlatos a ela. De se dizer, o fato de a Constituição ter utilizado a palavra *acusados*, e não suspeitos ou indiciados é utilizado como elemento bastante e suficiente para mitigar a efetividade da presunção de inocência, pois limita a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa.

A nosso ver, porém, a norma fundamental-constitucional cuidou da proteção dos investigados e indiciados ao estabelecer que aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e *aos acusados em geral* são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Se a questão é o fato de caracterizarem o IP como procedimento, e não processo, o que o afastaria da incidência dos princípios em comento, por outro lado a norma possui núcleo de aplicação aberto, pois afirmou que as garantias constitucionais elencadas no art. 5º, LV, são aplicadas aos *acusados em geral*, portanto, incluem-se os investigados e indiciados – figuras de uma relação em que conflitam interesses.

A grande problemática encontrada é que o inquérito Policial não é visto como um fim em si mesmo, por sua natureza instrumental. Em que pese essa conclusão, acreditamos que sua natureza jurídica não pode ser utilizada como justificativa para violações a direitos fundamentais do cidadão-investigado, que afrontam bens jurídicos relevantes, como a liberdade, patrimônio e intimidade.

É dever do Estado Democrático de Direito a função de ficar atento à proteção desses direitos, visto não serem direitos situacionais, mas normas cogentes que devem ter sua amplitude defensiva respeitada. Não basta reconhecer a presunção de inocência e o dever de tratamento de acordo com o invólucro constitucional da inocência, mas, enfim, efetivar esse dispositivo constitucional por toda a legislação infraconstitucional. Dessa forma, sugerimos um contorno a ser seguido para que fosse efetivado o princípio da presunção de inocência no IP.

Ademais, é esquizofrênico imaginar que normas e princípios constitucionais (verdadeira chave do sistema normativo) se quedem inertes diante de normas infraconstitucionais, como o Inquérito Policial.

A conclusão a que chegamos é produto da pesquisa descritiva em torno da análise e interpretação das questões que permeiam a inefetividade da presunção de inocência. Por sua vez, a análise qualitativa de cunho bibliográfico nos ajudou a interpretar a inefetividade da presunção de inocência, utilizando-se, para isso, de vasta revisão bibliográfica.

Finalizando, estamos cientes, contudo, que o presente trabalho não esgotará as discussões sobre o tema em testilha, embora tenha alcançado sua proposta inicial. Todavia, acreditamos que possa ser aperfeiçoado para melhor desenlace das complexidades que permeiam a efetividade do Princípio da Presunção de Inocência no Inquérito Policial brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret.

BOBBIO, Norberto. Principi generali Del diritto. In: Novissimo digesto italiano, XIII, UTET: Turim:1966.p.893-894 *apud* BEZERRA, Raquel Tiago. **Limites do Princípio da Presunção de Inocência**. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades/ Raquel Tiago Bezerra. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 de out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de set. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009.

Convenção Americana sobre Direitos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 07 de out. 2018

DE CASTRO GAVIORNO, Gracimeri Vieira. **Garantias Constitucionais do indiciado no Inquérito Policial**: controvérsias históricas e contemporâneas. / Gracimeri Vieira de Castro Gaviorno. – Vitória – ES, 2006.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 07 de out. 2018

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>>. Acesso em: 06 out. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

KARAM, Maria Lucia. Disponível em https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 09 out. 2018

LIMA, Ricardo Juvenal, 2016. *A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis/SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

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

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016,

LOPES JR., Aury., Ricardo Jacobson Gloeckner. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. – 6. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARGARIDA, Sylvania Mendonça Almeida. *A constitucionalização do direito sob a ótica de Luis Roberto Barroso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31231&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1986.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Consultor Jurídico, Brasília-DF: 01 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 06 out. 2018

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. re. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, G. d. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed.; 3. tir. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PASSOS, Luciano Maciel, 2003. **Presunção de Inocência**. Luciano Maciel Passos. Curitiba/Paraná: Universidade Tuiuti do Paraná – Faculdade de Ciências Jurídicas, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.