

A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL POR INICIATIVA DO JUIZ E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Lys Sobral Cardoso

Palavras-chave: sistemas processuais penais – inquisitivo e acusatório; devido processo legal; imparcialidade do juiz; instauração de inquérito policial por iniciativa do juiz; interpretação sistemática.

1. Considerações preliminares

“Alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum”. Assim começa o romance *O Processo*, de autoria do escritor tcheco Franz Kafka, escrito no início do século XX.

A obra relata o itinerário traçado pelo personagem protagonista, ao ser denunciado, “processado” e condenado por acusação de um crime que sequer conheceu, por um tribunal que nunca viu, por um processo que não existiu, causando no leitor um sentimento de injustiça que necessariamente remete a uma reflexão sobre os excessos do poder estatal.

Embora o romance tenha sido escrito no contexto das Grandes Guerras Mundiais, apresenta-se como um perfeito retrato de um sistema processual penal *inquisitório*, conforme o qual o processo se desenvolve de forma sigilosa e, principalmente, no qual as funções de acusar, defender e julgar são reunidas num mesmo sujeito.

A título de ilustração, traz-se à baila um outro exemplo, extraído do filme *As Bruxas de Salém (The Crucible, 2004)*, cuja história se passa em Massachusetts, no ano de 1692, na qual os acusados são sumariamente condenados, e em que o juiz, antes de iniciado o “processo”, já estava plenamente convencido da culpa dos denunciados, buscando provas (apenas testemunhais, diga-se) tão-somente para justificar a posterior condenação dos réus.

Verifica-se, contudo, que esse modelo inquisitivo, predominante até o século passado, vem paulatinamente sendo abandonado pelos sistemas processuais penais contemporâneos, substituído pelo modelo *acusatório*, em face da consolidação

dos direitos e garantias individuais ditos de primeira geração, fenômeno constatado inclusive no ordenamento brasileiro.

Todavia, alguns resquícios do sistema inquisitório ainda se observam em nosso sistema processual penal, que devem, entretanto, ser progressivamente expurgados, especialmente em face da ordem constitucional vigente.

2. Dos sistemas processuais penais

Classificam-se os sistemas ou modelos processuais penais em inquisitivo (ou inquisitório) e acusatório.

Consoante mencionado supra, o modelo inquisitivo funda-se na união, em um só sujeito, das funções de acusar, defender, processar e julgar. Ademais, a investigação é eminentemente sigilosa, e a liberdade do juiz na colheita das provas é ilimitada.

Por conseguinte, observa-se que no aludido sistema processual penal o acusado não é *sujeito* do processo, mas sim mero *objeto*, haja vista não titularizar quaisquer direitos. Mais que isso, sequer se pode falar em *processo*, porquanto, nas lúcidas palavras de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, “é lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre *sujeitos*, presente o *contraditório* (grifo nosso)” (2006, p. 303).

Destarte, se não há sujeito processual, tampouco os direitos que a ele devem ser assegurados, incluindo-se o contraditório, não se verifica, no sistema inquisitivo, um *processo*, mas tão-só um procedimento investigativo.

Por seu turno, o modelo acusatório baseia-se na distribuição a órgãos distintos das funções de acusar, defender e julgar. Compõe-se dos seguintes princípios: a) acusatório; b) imparcialidade do juiz; c) contraditório; d) ampla defesa; e) igualdade de partes; f) publicidade dos atos; g) oralidade.

Acrescentem-se ainda outros princípios caros ao sistema acusatório: a) inércia; b) devido processo legal; c) estado de inocência; d) juiz natural; e) promotor natural; f) verdade real; g) *favor rei*¹.

¹ CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público – Fundamentos e Limites*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

As constituições ocidentais contemporâneas, em sua totalidade, consagram o modelo acusatório, restando, todavia, ainda vestígios do vetusto sistema inquisitivo.

3. Da ordem constitucional brasileira

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo os direitos e garantias fundamentais individuais que se impõem em face do Estado diante de seu *jus puniendi*.

Expressamente consagrados estão os princípios do juiz e do promotor natural (inciso LIII); do devido processo legal (inciso LIV); do contraditório e da ampla defesa (inciso LV); do estado de inocência (inciso LVII) e da publicidade (inciso LX), dentre outros que, em verdade, são corolários do *due processo of law*.

Outros princípios que, embora não expressamente previstos no texto constitucional, também se constituem derivações do devido processo legal são, dentre outros, a inércia do órgão julgador e a imparcialidade do juiz.

Tais direitos e garantias consolidam o primeiro dos princípios estampados no lema da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e solidariedade”, ou seja, os chamados direitos de *1ª geração*, cujo objetivo é resguardar os particulares contra a força do Estado e seu eventual arbítrio.

Portanto, faz-se mister, além das garantias já previstas no bojo da Constituição, que a legislação infraconstitucional, em observância do texto constitucional, se pautar nos mencionados princípios.

4. Considerações finais

De todo o exposto depreende-se que o sistema acusatório foi contemplado na atual ordem constitucional brasileira, abandonando-se, assim, o modelo processual penal inquisitivo.

Não obstante, a legislação infraconstitucional ainda guarda resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo de alguns dispositivos do CPP, que, ressalte-se, editado em 1941, foi concebido numa ordem constitucional sensivelmente distinta da atual, em contexto histórico igualmente diferente, no qual o autoritarismo estatal era ainda prevalecente, especialmente em se tratando de medidas penais.

Na vigência da ordem jurídica anterior à Constituição Federal de 1988, era inclusive *permitida a iniciativa da ação penal por parte do magistrado*, nos casos de homicídio e de lesões corporais culposos.

No entanto, hoje, consagradas as garantias processuais penais no texto constitucional, imunes até a reformas, não se pode tolerar a vigência de dispositivos legais que afrontem o sistema acusatório.

Nesse sentido é que se deve fazer uma nova leitura do art. 5º, II, 1ª parte do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

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

(...)

II- mediante requisição da autoridade judiciária (...).

Interpretando literalmente o dispositivo supra transcrito, verifica-se a possibilidade de se instaurar inquérito policial por iniciativa do órgão julgador. Entretanto, em consonância com a ordem jurídica iniciada em 1988, evidencia-se que o artigo mencionado quebra o dever de *imparcialidade* que o órgão integrante do Judiciário deve manter.

Em consonância com o sistema acusatório, e, em especial, com o princípio do livre convencimento motivado, o juiz é livre para avaliar as provas fornecidas *pelas partes*, ou seja, a convicção do órgão julgador forma-se após a valoração das provas. Caso se permita ao juiz determinar o início da investigação de dado fato reputado delituoso, é provável que ocorra exatamente o inverso: o convencimento do magistrado já está formado, servindo as provas posteriormente colhidas tão-somente para ratificar seu entendimento.

A *Carta Magna* de 1988, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, e, ademais, ao desvincular o órgão ministerial do Poder Executivo, consolidou mais um instrumento a assegurar a o princípio acusatório e a desnecessidade de o próprio juiz requisitar a instauração de inquérito, devendo ele, tomando conhecimento de ato criminoso, oficiar ao *parquet* para que adote as medidas que entender cabíveis.

Mas não é só. Além da evidente violação à imparcialidade do magistrado, outra ofensa ao devido processo legal se afere no dispositivo em epígrafe: o

dever do magistrado de *fiscalizar* a legalidade dos atos praticados desde a instauração do inquérito até o fim da persecução penal resta flagrantemente prejudicado.

Desta feita, a única conclusão que pode fazer é que o art. 5º, II, 1ª parte do CPP não foi recepcionado pelo texto magno de 1988, restando, por conseguinte, tacitamente revogado. Contudo, haja vista que o dispositivo ainda se encontra no bojo da codificação processual penal, seria de bom alvitre reformular o dispositivo, a fim de evitar a persistente controvérsia que na prática se verifica.

5. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público – Fundamentos e Limites Constitucionais*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo A. Soares de. *A questão da interpretação das leis*. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=28>. Acesso em: 23 jun. 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.