

A PRODUÇÃO DE PROVA PELO ACUSADO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL:

Uma garantia para realização de um processo constitucional

Cesar Leandro de Almeida Rabelo¹

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas²

Horrana Grieg de Oliveira e Souza³

RESUMO:

O presente trabalho demonstrará como o acusado tem seus direitos e garantias fundamentais mitigados no processo penal brasileiro, especificamente no que diz respeito à produção de provas, do exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial.

PALAVRAS CHAVES: Prova; Devido processo legal; Inquérito Policial; Ampla defesa; Contraditório.

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO; 2 O INQUÉRITO POLICIAL; 3 A REALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL; 4 A PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO

¹ Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFÉ - Centro de estudos da área jurídica federal. Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC.

² Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação a Distância pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais. Tutora em EAD de direito do consumidor. Advogada.

³ Bacharel em Direito pelo Unicentro Newton Paiva, Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Assistente jurídica do curso jurídico Pro Labore.

PROCESSUAL ITALIANO; 5 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DEVIDO PROCESSO PENAL; 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO:

O inquérito policial deve ser adequado ao modelo de processo de um Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange ao exercício do contraditório, da ampla defesa e a produção de provas nessa fase pré-processual.

O modelo constitucional de processo é aquele que proporciona aos que serão afetados pelo provimento jurisdicional o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais. Exercício este que tem proporcionado diversas modificações quanto o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quebrando o paradigma tradicional do processo penal, aproximando-o do modelo constitucional.

Verifica-se que os julgados ainda demonstram uma estrutura procedimental antiquada, influenciada pela instrumentalidade, onde o juiz tem o papel de aplicar a lei. Contudo não podemos deixar de constatar que as fundamentações dos julgados do Supremo Tribunal Federal pretendem garantir a efetividade dos princípios constitucionais do processo, coadunando, inclusive, a proposta de procedimento realizado em contraditório.

Este é o entendimento do processo constitucional, onde aos envolvidos é permitido o exercício do contraditório, da ampla defesa e produção de provas durante todo processo penal, inclusive em sua fase pré-processual.

Para desenvolver o presente trabalho, será demonstrado o inquérito policial em sua estrutura dogmática tradicional, fazendo uma reconstrução do processo penal constitucional, observadas as garantias e direitos fundamentais.

Será examinando, ainda, a possibilidade da participação do acusado na fase pré-processual prevista no direito processual penal italiano como forma de proporcionar uma releitura e adequação ao inquérito policial brasileiro.

Por fim, constata-se não apenas que o inquérito policial deve ser pautado dos direitos e garantias fundamentais, como justifica que é a forma de realizar plenamente um procedimento constitucionalizado, onde o acusado poderá participar, durante todo procedimento penal, na formação do provimento jurisdicional.

2 O INQUÉRITO POLICIAL

A dogmática tradicional ensina que o direito é a necessidade de punir àqueles que cometem ações contrárias as normas jurídicas decorrem desde os primórdios da existência da sociedade. Assim, para se evitar formas primitivas de punição, como a “lei de talião” na base do “olho por olho, dente por dente”, surge a necessidade de o Estado evocar o direito de julgar e punir.

Contudo, tendo em vista essa reconstrução, antes de exercer o *jus puniendi* cabe ao Estado o exercício do *jus persequendi*. A persecução penal, como é conhecida, compreende-se em duas fases: a fase investigatória (ou pré-processual) e a fase judicial⁴.

A fase investigatória, foco principal do presente estudo, é realizada através do inquérito policial, um procedimento pré-processual administrativo inquisitorial, que reunirá os elementos necessários para propositura, ou não, da ação penal.

O inquérito policial é o instrumento através do qual a autoridade policial realiza o conjunto de diligências para a apuração de uma infração penal e sua autoria para que o titular da ação penal possa provocar a prestação jurisdicional para o caso concreto.

Em que pese o entendimento existente de que o processo penal se constitui de dois momentos distintos, este deve ser considerado de forma uno e indivisível, pautado de uma interpretação conforme o modelo constitucional do processo, na medida em que do inquérito policial é que se decorre a ação penal.

Até mesmo José Frederico Marques perfilha deste entendimento:

A *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*. (MARQUES, 2003, p. 138)

Sem adentrar as discussões acerca do caráter sigiloso, bem como da inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de acesso aos autos do inquérito policial, cujo entendimento vem sendo pacificado no Supremo Tribunal Federal, esse procedimento administrativo-investigatório deveria ser dotado do exercício dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, dentre eles o da ampla defesa e do contraditório, de modo a possibilitar a realização do devido processo legal.

⁴ A doutrina tradicional entende que a persecução penal é o conjunto de procedimentos legalmente previstos para apuração do delito, dentre eles o inquérito policial e a ação penal. Entretanto, no entendimento desenvolvido no presente trabalho é de que a persecução penal consiste, simplesmente, no processo penal como procedimento único e indivisível.

O Supremo Tribunal Federal tem formado posicionamento de que:

O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. (BRASIL, STF, 2004)

Neste sentido, explicita o professor Édison Luiz Baldan:

Falar, portanto, em investigação remete à questão dos direitos e garantias constitucionais do cidadão, que não pode ser tratado sob o prisma errôneo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, somente admissível nos domínios do direito civil ou administrativo. (BALDAN, 2007, p. 258)

É com base nesta vertente que o exercício da ampla defesa e do contraditório não deveria ficar adstrita ao acusado durante a fase judicial, quando da ação penal; devendo ser estendido ao imputado quando do inquérito policial, principalmente no que tange a produção de provas em seu favor, para realização plena da garantia do devido processo legal, por todo procedimento penal.

3 A REALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Os meios de prova são elementos submetidos ao juízo, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, destinado à formação do provimento jurisdicional.

Sua constituição é validada desde que não formalizados ilegalmente ou quando colhidos na fase inquisitorial sem as garantias e direitos constitucionais. As provas coletadas durante a fase investigativa somente serão assim consideradas quando jurisdionalizadas, ainda assim não terão respaldo constitucional face a não participação do acusado na sua produção.

A regra seria que os elementos informativos constantes no inquérito policial não são aptos a servirem de fundamentos para a formação do provimento jurisdicional, visto que na fase pré-processual o investigado não tem oportunidade para apresentar sua defesa, indicando ou produzindo elementos de prova ou, ainda, contrariando as existentes.

A Constituição da República de 1988 proporcionou uma releitura acerca da realização da ampla defesa e do contraditório pelo acusado na fase do inquérito policial, não possibilitando tais garantias apenas na ação penal.

A natureza inquisitorial do Código de Processo Penal demonstra que a fase pré-processual, embora administrativa, é tão determinante para construção do provimento final, quanto é para a instauração e elucidação da ação penal.

Não apenas os grandes estudiosos e doutrinadores como até Júlio Fabbrini Mirabete perfilham deste entendimento:

O inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal. Entretanto, nele se realizam certas provas periciais, que, embora sem a participação do indiciado, contém em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campos para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas favor idêntico aos das provas colhidas em juízo. O conteúdo do Inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial. (MIRABETE, 1991, p. 77)

Levando-se em conta o princípio do “livre convencimento motivado”⁵ do atual sistema processual, os elementos e circunstâncias coletados pela autoridade policial durante o inquérito, sempre podem ser utilizados para subsidiar a fundamentação da decisão.

Lado outro, considerando a persecução penal de maneira una e indivisível, as informações contidas no procedimento extrajudicial estariam afrontando diretamente o processo constitucional na medida em que mitiga a garantia da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não proporciona a participação do acusado na produção de prova, contribuindo para os atos investigatórios.

Consoante aduz o professor José Frederico Marques, “o inquérito, como instrumento da denúncia, nunca é nulo, não estando sujeito, assim, às sanções que o Código prevê para os atos processuais” (MARQUES, 2003, p. 159). É a demonstração da importâncias dos elementos constantes no inquérito para realização do procedimento penal.

⁵ O termo “livre consentimento motivado” foi colocado entre aspas para demonstrar que é a terminologia tradicionalmente conhecida. Entretanto, o posicionamento trazido é de um processo constitucional onde as partes afetadas participam em simétrica paridade na construção do provimento final.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Rogério Tucci:

A contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um elemento decisivo do processo penal, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal. (TUCCI, 2004, p. 359)

É certo, portanto, que o inquérito policial, como instrumento de coleta de informações, recolhe dados sobre os fatos e suas circunstâncias, na busca de elementos de prova que podem influenciar no “livre convencimento” do magistrado quanto à decisão a ser proferida.

Assim, conforme demonstrado, as circunstâncias indicadas no procedimento administrativo constituem elementos válidos para a formação do provimento final, sem que tenha garantido a simétrica paridade das partes envolvidas, o que é uma afronta a teoria do processo constitucional.

4 A PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO PROCESSUAL ITALIANO

Analisando os sistemas processuais no direito comparado, constatamos que o Código de Processo Penal Italiano possibilita ao acusado, através do advogado, a realização de prova na fase extrajudicial, “conduzindo as investigações para localizar e identificar elementos de prova”⁶, através de entrevistas, pessoal e informal, de potenciais testemunhas; coleta de declarações escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho; requerer laudos periciais, ou produzi-los através de assistentes técnicos; vistoriar coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados; solicitar documentos em poder da Administração Pública, dentre outros.

Esta prerrogativa é um demonstrativo do exercício ao direito do acusado em participar de todos os atos do processo penal, inclusive das investigações, já realizados em ordenamentos jurídicos de outros países.

Sobre estes poderes de investigação constantes nos dispositivos legais do processo penal italiano, o estudioso Édison Baldan indaga:

A vantagem perceptível dessa atividade é que permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim,

⁶ Artigo 327 do Código de Processo Penal Italiano.

porque volta-se a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como dito, é a base do devido processo legal. (BALDAN, 2007, p. 271-272)

De fato, o modelo italiano se aproxima, em tese, do processo constitucionalizado brasileiro sob a perspectiva desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves, através da releitura do conceito de processo e procedimento de Elio Fazzalari:

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos no processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei exige, e as partes (autor, réu e interveniente). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e a medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 2001, p. 120)

O ordenamento jurídico pátrio, também, proporciona uma interpretação satisfativa acerca da possibilidade do acusado participar da investigação, não só produzindo provas, como também exercendo a ampla defesa e o contraditório.

Conjugando o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, e art. 14 do Código Processual Penal, respaldam a fundamentação legal para garantir àqueles investigados no inquérito policial, o pleno exercício dos direitos fundamentais constitucionais, participando ativamente na produção de provas durante o inquérito policial.

É nesse sentido que sustenta o relator do acórdão, Ministro Gilmar Mendes, no pedido de Habeas Corpus nº 92.599, julgado pelo Supremo Tribunal Federal :

No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado (HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 2.3.2007; HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 24.9.2004).

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado a amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais e originários, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais. (BRASIL, STF, 2008)

Acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, o relator conclui o voto:

Assim, verifica-se que tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no

que concerne à proteção dos direitos fundamentais da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Na espécie, a defesa não reivindica a produção de prova extemporânea ou providência que implique tumulto processual, mas apenas a juntada de elementos que entende pertinentes à elucidação dos fatos e ao convencimento do Ministério Público.

Destarte, nos termos da jurisprudência colacionada, entendo não haver razão jurídica plausível para que a Corte Especial do STJ indefira pedido de juntada do laudo pericial já produzido pela defesa do ora paciente. (BRASIL, STF, 2008)

Observa-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reconhece não só a possibilidade da produção de provas no inquérito policial, como demonstra ser elemento determinante para “elucidação dos fatos e ao convencimento do Ministério Público” (BRASIL, STF, 2008).

Trata-se não somente de uma garantia ao acusado, mas uma segurança ao julgador que poderá analisar um procedimento totalmente pautado nas garantias e direitos fundamentais constitucionais.

5 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DEVIDO PROCESSO PENAL

A constitucionalização do processo tem importância voltada para garantia do exercício dos direitos fundamentais. Nessa vertente, é de grande importância a teoria desenvolvida pelos estudiosos italianos Andolina e Vignera (1990) que apresentaram a atividade jurisdicional através de um modelo constitucional de processo, assegurando uma participação democrática das partes afetadas pelo provimento jurisdicional.

O direito processual brasileiro contemporâneo não tem interpretação distinta. A Constituição da República de 1988 demonstra a aplicabilidade destes posicionamentos, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, os quais já são observados durante o procedimento judicial.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser compreendidos como garantia de participação, em simétrica paridade, daqueles que serão afetados pelo provimento final. Assim é o ensinamento de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p. 127).

A base do devido processo legal está assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Republicana, assim, é uma garantia fundamental de qualquer cidadão e diferentemente não deve ser o processo penal, que deve abranger as mesmas garantias dos outros procedimentos.

O processo penal não pode ser compreendido sob o enfoque exclusivo das garantias previstas no Código de Processo Penal, mas também em face das regras constitucionais vigentes, como as garantias da igualdade, do contraditório, da publicidade e o direito à prova.

Retomo, por oportuno, que referir ao devido processo abrange-se toda persecução criminal, estando nela incluída o inquérito policial, que embora seja um procedimento administrativo, não estaria isento da realização do contraditório e da ampla defesa.

É importante compreender que a realização da prova é uma garantia, que não deve se constituir em ônus para o acusado, uma vez que estes elementos trazidos pelas partes no inquérito policial também construirão o provimento jurisdicional.

6 CONCLUSÃO

Conforme se depreende do presente trabalho, é possível a adequação do inquérito policial a um modelo constitucional de processo, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais daqueles que serão afetados pelo provimento jurisdicional.

Os benefícios atingidos com a possibilidade da produção de provas pelo acusado durante a fase investigatória, bem como a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa durante todo o procedimento penal são patentes.

Demonstrado que o ordenamento jurídico pátrio possibilita ao acusado a produção de provas que servirão tanto para evitar uma desnecessária Ação Penal, como também, servirá de elemento para construção da decisão final.

Sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, esta seria a interpretação constitucional adequada do processo. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal vem direcionando seus julgados de acordo com os direitos e garantias constitucionais fundamentais, proporcionando aos acusados os mesmos direitos existentes aos acusadores.

Tal posicionamento não visa, apenas, desconstituir o modelo tradicional do inquérito policial e procedimentos investigatórios, como possibilita a adequação destes ao processo constitucionalizado, proporcionando ao acusado a garantia do exercício do contraditório, da ampla defesa, inclusive, proporcionando a produção de provas durante a fase pré-processual.

O provimento jurisdicional não se baseia exclusivamente nas provas colhidas durante a fase judicial, por tal razão é importante a realização do contraditório e da ampla defesa também durante o inquérito policial.

Desta forma, o que se pretende não é conceder ao acusado poderes de investigação semelhantes aos da autoridade policial, tampouco proporcionar meios de tumultuar o processo, mas sim possibilitar a participação do acusado na produção das provas durante todo processo penal, como forma de garantir o exercício dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de um processo constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.354-8 Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no D.J. em 24/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.232-4 Amazonas. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no D.J. em 02/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.599-5 Bahia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no D.J. em 25/04/2008.

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Inversão do ônus da prova na ação penal condenatória**. Artigo científico apresentado à Coordenação de Pós-Graduação da

Universidade Católica de Goiás e Academia Estadual de Segurança Pública – Gerência de Ensino Policial Civil. Fev. de 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições do Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. 8 ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Prova e sucedâneos da prova no Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 66, p. 193-236, mai./jun. 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. AIDE, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneicheler. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. V. 1. Campinas: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.