

DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DENTRO DO INQUÉRITO POLICIAL

Diego do Nascimento TAVARES¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO: Este artigo é resultado de uma vasta pesquisa sobre o inquérito policial ao longo da história no Brasil, de maneira a demonstrar sua evolução e características, que visam garantir ao indivíduo seus direitos e garantias no decorrer de sua instauração. Realizando-se de pesquisas bibliográficas para se ter melhor conhecimento e entendimento sobre o assunto, abordando principalmente no que tange a evolução, e alguns breves comentários sobre o vasto tema que se apresenta a seguir.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Código de Processo Penal. Procedimento Administrativo. Polícia Judiciária.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho visa demonstrar os direitos e garantias fundamentais que o indivíduo tem perante a instauração do inquérito policial, bem como aspectos ligados ao seu indiciamento, abrangendo desde sua parte histórica até o momento da efetivação de seus direitos e garantias constitucionais, posto que, o tema é de grande importância no mundo jurídico e pertinente no cotidiano de toda a sociedade.

Foi detalhado o método científico, o dedutivo, indutivo no desenvolver do presente trabalho, demonstrando de forma clara tudo aquilo que será proposto nesta introdução.

Os aspectos de ordem histórica referente ao inquérito policial, bem como suas características e finalidades tratam-se de temas obrigatórios a serem apurados nesse trabalho.

¹ Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Email diego-nt@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP/PR. Advogado. Orientador do trabalho. E-mail: florestan@unitoledo.br.

O trabalho contextualiza os principais direitos e garantias fundamentais que todo indivíduo tem diante da instauração de um inquérito policial, respeitando os limites estabelecidos tanto de ordem material quanto processual.

O inquérito policial, bem como os direitos e garantias fundamentais alcançaram grandes conquistas no decorrer da história brasileira, haja vista que, na antiguidade, houve a necessidade de criação de um procedimento adequado que investigue as circunstâncias delituosas assim definidas pelo nosso ordenamento, sem que para tanto violasse as gerações de direitos até aqui conquistados.

A magna carta de 1988 trouxe um paradoxo ao nosso ordenamento jurídico, tornando mais efetiva a democratização e humanização do sistema jurídico formal.

Esses fundamentos iniciadores levam em consideração sua natureza jurídica administrativa inquisitorial, bem a atuação da polícia judiciária no uso do instrumento necessário para a apuração dos delitos, que é o principal objeto desse estudo.

Por consequência, esta obra irá vislumbrar o tratamento legal atribuído pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Processo Penal e por outras leis esparsas, que possibilitam uma contribuição para tal direito.

Tratará também em momento oportuno, sobre as limitações desses direitos e garantias tanto para o indivíduo quanto para a polícia judiciária, visando a melhor regularidade na apuração do crime.

Com enfoque no Direito Constitucional e Processual Penal, nos permitimos estudar esse poderoso instrumento policial em toda a sua dimensão, incluindo a visão do indiciado perante seus direitos e garantias constitucionais.

2 O INQUÉRITO POLICIAL

Praticado algum tipo incriminador previsto na norma penal, nasce para o Estado a pretensão de punir, que deriva do latim *jus puniendi*, consistente em um dever-poder de punir o indivíduo que violou a conduta proibida pela norma penal.

Nosso ordenamento jurídico, interpretado à luz dos direitos e garantias constitucionais, veda a imediata punição do infrator, ou seja, proíbe a imediata

aplicação da sanção penal ao agente, que por força do direito à liberdade, submete a satisfação da pretensão punitiva adquirida pelo Estado a um controle jurisdicional (extra-judicial) antecedente, exercido pela polícia judiciária.

Veja que embora seja o Estado detentor do *jus puniendi*, não lhe é permitido punir sem que haja a existência de um processo, salvo raras exceções, e.g. a aplicação de uma multa de trânsito. Daí a regra *nulla poena sine judicio*, melhor explicitando, “não há pena sem processo”.

Para tanto, é necessário que o Estado apure alguns aspectos ligados à infração penal, como provas sobre a existência do delito e a presença de fortes indícios de autoria. Insta destacar que para a grande maioria dos estudiosos é totalmente inconstitucional a propositura de uma ação penal sem estes requisitos, tendo em vista um Estado Democrático de Direito.

Todo esse processo (*latu sensu*) assume uma verdadeira feição de garantia ao indiciado, de forma que para assegurar a defesa e tutelar o direito constitucional à liberdade, ao Estado tornou-se obrigatório a aplicação do Direito Penal pela via jurisdicional, interpondo assim, o inquérito policial entre o cometimento da infração penal e a efetiva aplicação da sanção penal.

Para Tourinho Filho (1989, p. 445):

Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do Inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção.

É certo, como já dito acima, que a sanção penal, ou seja, a concretização do *jus puniendi* do Estado só poderá ser concretizada jurisdicionalmente, impondo-lhe para tanto, a consecução de atividades cujo objetivo é a própria punição (*persecutio criminis*), consubstanciada em duas etapas: a investigação policial e a ação penal.

A investigação que no Brasil é realizada pela polícia judiciária, constitui uma atividade antecedente/preparatória, de caráter informativo e preliminar, que tem como objetivo fornecer ao titular da acusação substratos indispensáveis a propositura da ação penal, que uma vez instaurada será regida pelo princípio do

devido processo legal, que zela por um processo seguro, justo e confiável, servindo para a efetivação da pretensão punitiva estatal.

Já a ação penal, para a sua propositura, requer a justa causa, que repousa em elementos de convicção que proporcionem suporte fático, que viabilizem o pedido da acusação, como provas da materialidade do crime e indícios de sua autoria.

Ensina Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 20):

A justa causa para a ação penal repousa na exigência de elementos de convicção que proporcionem suporte fático e demonstrem viabilidade da acusação (indícios de autoria e prova de materialidade), não bastando, para sustentar o constrangimento da ação penal, a singela descrição (imputação), na denúncia ou na queixa, de um fato revestido de tipicidade, despido de um “começo de prova”.

Logo, se vê presente a relevância desse poderoso instrumento investigativo: propiciar a justa causa para a propositura da ação penal efetivando assim o dever-poder de punir do Estado, e por consequência resguardando os indivíduos contra acusações sem nexos, temerárias e desprovidas de qualquer lastro probatório.

Essa extrema necessidade fez surgir, então, a investigação preparatória, que se constitui justamente na colheita de elementos acerca do fato tido como criminoso por nosso ordenamento jurídico.

O inquérito policial consiste, portanto, em um emaranhado de atos administrativos e executórios com a finalidade de buscar provas da materialidade do fato e indícios do possível autor do crime.

Entretanto, como veremos adiante, todo esse conjunto de atos que visam assegurar a direito-dever do Estado em punir o indivíduo deverá resguardar os direitos e garantias constitucionais do indiciado.

3 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Brasileira de 1988, consoante ao Estado Democrático é a Lei maior e fundamental, o ponto de equilíbrio das demais normas positivadas em nosso ordenamento, sendo o parâmetro base para a formação de todas as outras.

Atualmente, com o passar das diversas gerações (ou dimensões), os direitos e garantias tornaram-se mais complexos, a ponto de transcender a individualidade característica das constituições anteriores, conforme constatamos hodiernamente.

A abordagem feita aos principais direitos e garantias constitucionais tem como óbice a constitucionalização realizada na Carta Política de 1988, que positivou em seu Título II os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos de todo cidadão.

Por ser uma Carta tão extensa, seria inviável, senão impossível descrever pormenorizadamente todos os direitos e garantias fundamentais previstos. Desta feita, o estudo proposto será restrito ao necessário para a compreensão dos principais direitos e garantias do indiciado frente ao desejo constitucional de 1988.

3.1 São Direitos e Garantias Constitucionais do Indiciado:

Neste ponto do trabalho iremos estudar de forma direta alguns dos principais direitos e garantias do indicado frente a instauração do inquérito policial, abordando de maneira didática a real intenção do legislador constituinte na elaboração da Carta Política de 1988.

3.1.1 O devido processo legal

O Devido Processo Legal oriundo da Constituição Inglesa de 1215, germinou no Direito Norte Americano na Constituição de 1787 sob a denominação de *due processo of law*, sendo posteriormente complementado pela Declaração dos Direitos Fundamentais dos Americanos, sob a seguinte redação:

Artigo XI - 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Posteriormente, a ideia do axioma do devido processo legal foi adotado pelo constituinte brasileiro tomando forma de uma garantia constitucional.

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal garante que: “ninguém será privado da sua liberdade nem dos seus bens sem o devido processo legal”.

Perceba que o devido processo legal é um valor ou princípio do povo brasileiro e que se encontra explícito no texto constitucional e por isso é muito mais fácil de identifica-lo. Para compreender esse princípio devemos buscar o significado das três palavras que formam essa expressão.

A palavra “processo” deriva de uma relação jurídica, normalmente formada entre sujeito ativo, passivo e julgador, com o propósito de resolver litígios mediante a aplicação do ordenamento jurídico. Sob outro ângulo, o processo em si é um valor, um princípio, afinal, ele foi escolhido como o método mais adequado para as soluções de conflitos dentre muitos outros existentes.

Entretanto, perceba que a Constituição Federal não se contentou apenas em prever e exigir um processo para a solução das lides. Ela impôs que este processo fosse “legal” e “devido”.

Ser “legal” significa que o processo deve estar inteiramente regulado em lei, ato por ato, do início ao fim. Se o processo está todo disciplinado por lei, ele se torna totalmente previsível, tanto para o sujeito ativo, quanto para o sujeito passivo da relação existente, e por isso ambos têm segurança jurídica sobre como ele (processo) irá funcionar, proceder.

Contudo, a Carta Maior não se contentou também não se contentou em exigir um “processo legal”; ela impôs que, além do valor legalidade, o processo fosse “devido”. A palavra “devido” foi usada no texto constitucional no sentido de “adequado” e o processo só será assim se reunir três qualidades: Se justo, seguro e confiável.

Para ser assim, o processo tem que estar regulado mediante legislações que também respeitem a garantem outros valores, outras consciências, outros princípios presentes na sociedade brasileira e que se relacionem com o processo, a exemplo a já estudada igualdade de tratamento entre as partes dentro do inquérito policial, da necessidade de motivação dos atos da autoridade policial e dos demais direitos e garantias constitucionais previstos nesta Constituição.

Anderson Souza Daura (2009, p. 29) assevera acerca deste axioma:

O due process of law é corolário de suma importância para se atingir os direitos individuais e a busca dos deveres do Estado de Direito extirpando-se o autoritarismo, o arbítrio e, por consequência, as injustiças. Além de assegurar o princípio de legalidade, resume diversos outros princípios como o da presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, da igualdade, de economia processual, etc. É a base sólida para a ordem jurídica atual e vigente, tendo ampla aplicação, o que garante os indivíduos contra atos concretos estatais equivocados ou quaisquer interpretações de lacunas de legislações positivas.

Conforme entendimento presenciado na transcrição acima, o *due process of law*, ou o devido processo legal é uma garantia conferida pelo constituinte contra as ações arbitrárias do Estado, prezando pelo processo justo, seguro e confiável, conferindo assim maior oportunidade ao investigado/acusado de conhecer as regras que conduzirão o feito.

A aplicabilidade desse princípio na fase pré-processual implica em dupla proteção ao indivíduo, atuando no campo material de proteção ao direito de liberdade e propriedade do indivíduo e no âmbito formal assegurando-lhe paridade de condições com o Estado persecutor.

Com efeito, temos que as regras procedimentais e ritos estabelecidos que regem a investigação criminal devem estar previamente previstos e serem claras, a ponto de possibilitar ao suspeito/indiciado saber o que virá a seguir, ou seja, as regras deverão ser totalmente previsíveis.

Em suma, o devido processo legal não é apenas um princípio, mas sim classificado como um super-princípio, um sobreprincípio, porque ele abrange todos os demais princípios e valores relacionados ao processo, de modo que a não observância de qualquer outro princípio acarreta agressão ao devido processo legal, normalmente resultando a nulidade do processo.

3.1.2 Proibição da tortura e do tratamento desumano

A lei nº 9.455/97 em seu artigo 1º se preocupa em definir o conceito de tortura como todo e qualquer ato de índole desumana ou degradante com a finalidade de causar sofrimento físico ou mental a outro indivíduo.

Tal crime, hoje tão bem tipificado em lei específica e protegido pela legislação constitucional tem suas bases históricas na Roma antiga onde os cidadãos sujeitos a punição (acusados) eram pendurados pelos braços em grandes colunas de pedras erguidas em praça pública e açoitados até que obtivessem uma confissão, não importando se o indivíduo viesse a óbito posteriormente.

Nesta toada, Leo Van Holthe (2009, p. 261) traz um pouco dos traços históricos do crime de tortura, apontando que:

Até o século XVIII, diversos sistemas jurídicos admitiam a tortura como meio lícito de obtenção de provas, tendo tal prática sido combatida por iluministas como Cesare Beccaria e o Barão Montesquieu. Em sua obra de 1764, "Dos Delitos e das Penas", Beccaria criticou severamente os métodos bárbaros praticados pelos Estados a título de apurar e punir as infrações peais.

E neste mesmo sentido, para José Afonso da Silva (2011, p. 204):

Em verdade, ela já era condenada nas constituições anteriores, como o é nas constituições modernas em geral, o que, no entanto, não tem impedido seu uso nos cárceres brasileiros e de outros povos, como frequentemente se divulga. Aliás, a tecnologia da tortura se torna requintada: espetos sob as unhas, queimaduras de cigarros, choques elétricos no reto, na vagina, no pênis, espancamentos, aparelhos de tormentos de variada espécie, de que sobressai o famoso "pau-de-arara", ameaças contra mulher, filhas e filhos etc. As coisas mais pavorosas que a mente doentia pode engendrar.

A denominada tortura judiciária, ao qual se deu em meados do século XII era utilizada quando havia resquícios ou indícios contra determinado indivíduo, não havendo necessidade de evidências concretas, mas que era realizada na presença de um Juiz, com a finalidade de se obter algum tipo de prova contra ele mesmo, tal como a confissão.

Além de servir como um meio de captação de provas para concretizar o *jus puniendi* do Estado, a tortura também era utilizada como forma de castigo, punição. Como exemplos dessa desumanidade, citamos as fogueiras da “Santa Inquisição” e até mesmo os métodos de utilização de máscaras de ferros ou marcações em brasa no próprio corpo.

No Brasil o uso de instrumentos de torturas, mutilações, marcas de cortes no corpo, queimaduras em seus variados graus, descargas elétricas, compuserem uma imensa variedade de meios cruéis de punição sob a justificativa de busca pela verdade dos fatos, não importando qual consequência tal ato levaria para o indiciado.

Neste sentido, Leo Van Holthe (2009, p. 261) aduz que os regimes totalitários do século XX “utilizaram-se da tortura com práticas cada vez mais sofisticadas (choques elétricos em órgãos genitais, espetos sobre unhas, queimaduras de cigarros, espancamentos, pau de arara etc)”.

Entretanto, a Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25/03/1824, previa em seu artigo 179, inciso XIX que ficavam abolidos “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.”.

A partir de então, o banimento das diversas práticas de torturas esteve presente em nosso ordenamento pátrio, revelando-se como uma verdadeira garantia ao investigado no decorrer do inquérito policial.

Na atual Carta Democrática de 1988, o artigo 5º, inciso III, prescreve que ninguém será submetido à tortura e nem a nenhum outro tratamento desumano ou degradante que lhe cause sofrimento físico ou mental. A norma fundamental ainda classifica tal delito como inafiançável e insuscetível de graça, anistia, por força do inciso XLIII do mesmo dispositivo constitucional, atribuindo ainda mais força a tal comando normativo.

Veja ainda que a própria constituição elenca a prática da tortura como tipo hediondo por equiparação, conforme previsão combinada entre os artigos 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e 2º da lei 8072/90.

Neste sentido, leciona o professor Alexandre de Moraes (2000, p. 71) que:

O art. 5º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); bem como que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos, porém, no tocante à definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União (art. 22, I, da CF), tipificando-os, em razão do próprio preceito constitucional do art. 5º, XXXIX.

Com efeito, antes da criação da lei 9.455 de 07 de abril de 1997, a prática da tortura não era vislumbrada como um tipo autônomo, mas tão somente parte integrante de outros crimes em suas formas qualificadas ou em outros casos, uma mera causa geral de aumento de pena.

Entretanto, a citada legislação ordinária complementou o dispositivo constitucional trazendo procedimentos e sanções específicas para o processar do crime de tortura.

Dentre essas modificações, a mais significativa foi a permissão da progressão de regime em todo e qualquer tipo de crime hediondo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal na elaboração do enunciado da súmula vinculante nº 26, confere aos crimes hediondos e equiparados à progressão de regime no cumprimento da pena, destacando a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei 8.072/90, o que inclusive remete as novas jurisprudências esse novo entendimento.

Súmula Vinculante nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

A ventilar essa ideia de proteção á integridade física e psicológica de todo e qualquer pessoa, o Brasil se tornou signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto São José da Costa Rica, que vedam expressamente em seus artigos a prática da tortura e do tratamento desumano para todo e qualquer fim.

Em decorrência dessa toada constitucional, o legislador ainda assegurou a todo aquele que se encontra privado de sua liberdade respeito à integridade física e moral. Entretanto a referencia positivada no artigo 5º, inciso XLIX não se limita apenas ao preso condenado em sentença transitada em julgado, mas também ao preso provisoriamente, inclusive aqueles em que se encontram privados de sua liberdade em pleno curso do inquérito policial.

Entretanto, já houve uma forte discussão na doutrina e jurisprudência a respeito da utilização das algemas e se tal fato caracterizaria uma forma de tortura sobre o indivíduo. Tentando solucionar o problema, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, sob a seguinte redação:

Súmula Vinculante nº 11 - Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Veja que em decorrência dos avanços dos diversos princípios que de um lado limitam o poder estatal e de outro estendem as garantias do investigado, só será lícito o uso das algemas se a natureza da situação assim o exigir, ou seja, deverá ser a última opção a ser escolhida pela autoridade policial no exercício da atividade investigatória.

A Súmula ainda vai mais além, atribuindo responsabilidade administrativa (disciplinar), civil e penal do agente ou da autoridade coatora, bem como a do próprio Estado, além de tornar nulo a prisão ou o ato processual buscado.

Todo ato atentatório a dignidade da pessoa humana, tal como a tortura e o tratamento desumano devem ser abolidos do cotidiano inquisitorial, uma vez que o inquérito policial como um procedimento administrativo busca tão somente indícios da prática do delito e a sua correspondente autoria, sem que para tanto o indiciado

seja coagido ou forçado a contribuir com tal feito. É necessária uma busca, uma investigação apoiada na legislação humanitária.

Logo, ao indiciado não poderá ser aplicada qualquer forma de tortura ou tratamento ilegal, desumano, degradante, de modo que todo e qualquer ato investigatório deve se abster a estrita legalidade conferida pela constituição federal.

3.1.3 Vedação das provas ilícitas

Como já estudado nos tópicos alhures, toda ritualista e procedimento da investigação realizada pela policia judiciária está positivada no Título II do código de processo penal, entre os artigos 4º ao 23º.

No entanto, nossa lei maior repudia as provas obtidas de maneira ilícita ou ilegítima. E não poderia ser diferente ante a ideologia do constituinte a querer buscar incessantemente a verdade real dos fatos ao qual não se justifica a violação de direitos e garantias constitucionais do indiciado/suspeito no curso do inquérito policial.

Diante desse aspecto, as provas que tentem contra direitos materiais (ilícitas) ou processuais (ilegítimas) devem ser desconsideradas, sendo necessário seu desentranhamento dos autos, por guarda constitucional expressa no artigo 5º, LVI.

Com efeito, a Carta Política de 1988 proíbe em qualquer processo, seja ele administrativo ou mesmo judicial as provas cuja obtenção tenha como origem um meio ou ato ilícito.

O termo “ilícito” empregado pelo constituinte originário tem seu emprego do latim *illicitus*, de onde se extrai duas interpretações. Uma restrita, que significa “aquilo que é vedado ou proibido por lei” e o outro, mais abrangente, indica “aquilo que é contra a moral e aos bons costumes da sociedade.”

Com pesar, o sentido empregado pelo legislador á palavra “ilícito” é o mais genérico possível, de forma a abranger não somente tudo aquilo que é proibido ou vedado por lei, mas também todos os meios de prova que vão contrariamente á opinião pública, ou seja, contra a moral da sociedade, uma vez que como é sabido, os costumes são uma fonte formal do direito.

Nesse sentido, o professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 53) ensina que:

Para nós, o constituinte usou a expressão “ilícito” em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais do direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

Logo, podemos extrair que a determinação legal da vedação as provas ilícitas não fica adstrita ao nosso ordenamento jurídico, devendo ser empregado uma interpretação mais genérica, ampla ao sentido jurídico da palavra, de modo a abranger todos os meios e atos contrários a toda e qualquer fonte do direito.

A autoridade policial, competente para a colheita de provas que buscam a comprovação dos indícios e materialidade do crime, deve sempre observar os direitos individuais do investigado e às regras processuais relacionadas com a produção de provas, com o propósito de não colher indesejada prova ilícita ou ilegítima.

Para Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 72), a doutrina moderna faz distinção entre os meios ilícitos e ilegítimos de provas, vejamos.

Há uma distinção feita pela doutrina entre prova ilícita e ilegítima. Na primeira, desrespeitam-se norma de cunho material, ou seja, direitos individuais são molestados na produção da prova. Na segunda há afronta ao modo de produção da prova, ou seja, violam-se normas procedimentais em sua produção. Ambas são proibidas (a *lex legum* não faz distinção entre elas).

E ainda, segundo ele (2012, p. 72):

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência adotavam, majoritariamente, o repúdio ao fruto da árvore envenenada. Em outras palavras, a prova em si é lícita, mas que é derivada de uma prova ilícita, também deve ser considerada ilícita por ter sido “contaminada” por esta. A partir de 2008, com a edição da lei acima mencionada, tal entendimento foi incrustado no código de processo penal (no §1º do artigo 157, do CPP).

A lei nº 11.690 de 9 de Junho de 2008 positivou em nossa legislação processual penal (CPP) o repúdio as provas obtidas por meios ilícitos, onde por

força do artigo 157 do mesmo diploma legal, determina que após preclusa a decisão que as reconheceu ilícitas, se proceda ao desentranhamento e inutilização das referidas provas (§3º do artigo 157 do CPP).

Antes mesmo da edição da lei nº 11.690/08, nossos doutrinadores e tribunais já adotavam majoritariamente o repúdio às provas derivadas das ilícitas, ao qual se denominou como *fruto da árvore envenenada*. Nesse aspecto, podemos afirmar que a prova produzida em si é lícita, porém derivada de outras que violaram direitos e garantias do indiciado, o que para efeitos legais, esta deve ser considerada ilícita por ter sido “contaminada” por aquela. Entretanto, com a edição da referida lei, tal entendimento foi transcrito no texto do §1º do artigo 157 do CPP.

Se observarmos atentamente, o próprio código de processo penal traz ressalvas à adoção da *teoria do fruto da árvore envenenada*. São elas: a falta de nexos causal e a chamada “fonte independente” (§§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, podemos definir nexos causal como sendo o liame estabelecido entre a(s) prova(s) produzida(s) e a prova colhida por meios ilícitos. Já com relação à denominada “fonte independente”, o próprio código em seu artigo 157, §2º traz sua definição como sendo “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Dentre todo esse emaranhado de proibições quanto à utilização da prova ilícita no decurso do inquérito policial há, entretanto, pelo menos um caso pacificado em toda doutrina e jurisprudência, que é quando essa for utilizada em favor do indiciado, por determinação do princípio *favor rei*. Aqui portanto, vemos a aplicação do princípio da proporcionalidade e relativização as provas obtidas por meio ilícito ou ilegal.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 67):

O entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio do *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que atuem em favor da defesa.

Entretanto, quando a utilização não se dá em favor do acusado, o entendimento passa ser o oposto, conforme entendimento consubstanciado nas palavras de Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 75):

Já a admissibilidade da proporcionalidade e da razoabilidade em prol da sociedade, para justificar condenação calçada em prova reconhecidamente ilícita é muito mais delicada. Não há espaço, no sistema processual penal calçado na Carta Magna de 1988, para fundamentar a admissibilidade de material probante sabidamente colhido ao arrepio da lei, como pano de fundo da condenação criminal, ao pretense argumento de que o seio social restará defendido. Trata-se de verdadeira inversão de valores. A sociedade será muito mais vilipendiada pelo Estado-Juiz, se este reconhecer que em tal situação os direitos escritos com pena de ouro pelo legislador constituinte podem ser afastados para suprir eventual falha do Estado-Investigação na coleta de acervo probatório lícito, apto a lastrear justa imposição de pena.

Todavia, como já determinado, não há possibilidade da mesma aplicabilidade em favor da sociedade, ou seja, contra o indiciado, devendo prevalecer a vedação constitucional de tais provas.

Nesse sentido, sucumbe o interesse estatal em efetuar o *jus puniendi* ante a produção de uma prova vedada por lei, devendo-se para tanto socorrer-se de outros meio legais que lhe darão subsídio para a formação do conjunto probatório no inquérito policial.

3.1.4 Direito ao silencio

O Famoso brocardo “quem cala, consente” por vezes soluciona as questões cotidianas da vida alheia, servindo para tanto como uma forma de regular somente as relações sociais.

A concepção leiga do silêncio no âmbito do direito não se confirma em sua abordagem técnica e literal. No meio jurídico, com foco na processualística penal, o silêncio recebe uma atenção especial, uma vez que se adotasse o senso comum diante das situações práticas-penais, acarretaria sérias violações aos princípios basilares do direito instrumental.

Entretanto, em outros tempos, os casos de revelia, fuga, ou até mesmo o silêncio nos casos de interrogatório perante a autoridade policial implicava automaticamente as consequências da confissão quanto aos fatos que eram

apurados por meio do inquérito policial. Todavia, com a efetivação dos direitos fundamentais do homem, tal técnica não mais subsiste mediante expressa incompatibilidade com princípios como da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz.

De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou o doutrinador Carlos Henrique Borlido Haddad (2000, p. 137):

A concepção leiga do silêncio, todavia, contrasta com a abordagem técnica do mesmo. No meio jurídico, especialmente no campo processual penal, o silêncio recebe distinto tratamento, uma vez que a aceitação do sentido comum na resolução das questões peais acarretaria resultados descontraídos com princípios básicos do direito instrumental. Outrora, nos casos de fuga, revelia e silêncio durante o interrogatório, aplicava-se ao acusado a pena de confesso. Mais tais imputações, incompatíveis com o sistema do livre convencimento e com o princípio da verdade real, não puderam e nem podem subsistir no moderno processo penal. Calar não é consentir, não é resignação às imputações.

O direito constitucional de se manter em silêncio encontra óbice na Convenção Americana dos Direitos do Homem, bem como na Carta Magna de 1988 e na própria legislação processual penal.

É, portanto um direito de autodefesa diante da instauração de um procedimento administrativo tal qual como é o inquérito policial, podendo a livre escolha permanecer calado e não responder a indagações proferidas pela autoridade policial ou judiciária em fase de ação penal.

Por muitas vezes, o indiciado encontra-se em frequente estado de angustia perante as diversas diligências e questionamentos realizados pela autoridade policial em busca da verdade real do fato definido como crime e objeto do inquérito. Nesse ambiente, entretanto, o sujeito mediante suas declarações procura amenizar as consequências do indiciamento.

Todavia, o silêncio constitui uma atitude comum do indiciado de prestar declarações quando questionado, interrogado. Por diversos motivos o indiciado opta pela mudez à loquacidade como uma forma de autodefesa contra o *jus puniendi* Estatal

Asseverando sobre o tema, Enrico Altavilla (1981, p. 19) leciona que:

O acusado, geralmente, responde ao interrogatório num vivíssimo estado de emoção: culpado ou inocente compreende que aquele é o momento processual que pode decidir de toda a sua vida. Inocente, apresenta-se perante o juiz com o espírito em desordem, não sabendo que malvez o

destino e os homens terão preparado contra ele; culpado, estará realmente agitado, não sabendo que provas já existirão no processo.

Importante destacar que a manutenção do silêncio do indiciado não implica em aplicação dos efeitos da confissão dos fatos, mas tão somente, reprisa-se, o exercício de uma autodefesa, de uma preservação do próprio indivíduo objeto das investigações.

Abordar aspectos relacionados ao crime apurado, responder perguntas ou esclarecer dúvidas e até mesmo dar sua versão dos fatos, com a normatização constitucional, tornam-se atos de livre escolha do indivíduo, configurando-se uma verdadeira manifestação de vontade individual, tal qual como a oferecida pelo princípio da liberdade (sentido amplo).

Para Valdir Sznick (2002, p.145):

O direito ao silêncio, em especial nos interrogatórios, tem por objetivo resguardar a personalidade humana, como amplamente considerada, ou seja, em sua liberdade, segurança, saúde e intimidade.

Das palavras acima podemos concluir que o direito ao silêncio tão bem preconizado no texto constitucional deve ser interpretado da forma mais ampla possível, de modo a abranger todos os indivíduos objetos de investigação judicial e policial.

Nesse aspecto, mesmo que o silêncio do sujeito obstrua o decorrer das investigações, esse como já visto constitui como um direito constitucional, que logo não poderá de nenhum modo ser excepcionado, sob pena de desconsideração do depoimento pessoal do investigado na futura ação penal.

De forma implícita ao direito ao silêncio, encontra-se também a faculdade de não dizer a verdade real dos fatos com o fulcro de se não autoincriminar, sendo vedado atribuir consequências outrora admitidas em outras justiças especializadas.

Para o professor Alexandre de Moraes (2003, p. 400) cabe ao acusado não só o direito constitucional ao silêncio, mas também “o direito de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio.”.

Em que se pese hoje ser pacífico o direito ao silêncio ser uma garantia constitucional inviolável, nos tempos remotos não constituía uma unanimidade entre

os mais notáveis pensadores. Beccaria (1997, p. 123), postava-se contra a prática do silêncio, aduzindo que “aquele que, durante o interrogatório, insistir em não responder às perguntas feitas, merece pena fixada pelas leis, penas mais graves entre as cominadas, para que os homens não faltem a necessidade do exemplo que devem ao público”.

Veja que a atual posição jurídica do investigado vem evoluindo gradativamente ao decorrer das Constituições Brasileiras, de modo a enriquecer suas possibilidades de defesa perante o Estado, fazendo valer-se da proibição ao retrocesso.

Assim, quer para atingir interesses pessoais do investigado ou mesmo para estruturar todo o sistema processual em moldes constitucionais e legítimos, o direito ao silêncio é uma realidade, cuja positivação representou uma verdadeira revolução de uma garantia indispensável.

3 CONCLUSÃO

A partir dos fins do inquérito policial abordados no presente trabalho, cumpre a autoridade policial, instaurar o principal senão único meio de investigação na fase pré-processual, observando, contudo suas características e peculiaridades no caso concreto.

A investigação preliminar torna-se um elemento essencial para a formação do futuro processo crime ao qual o indicado será parte. A Carta política de 1988 apresenta um extenso rol de direitos e garantias, com vários dispositivos relacionados ao inquérito policial, em defesa das prerrogativas do indiciado.

Para tanto, há necessidade de se estabelecer os direitos e garantias constitucionais desde a sua instauração, que se justificam nos seus fins pré-estabelecidos, qual seja, a preparação para uma futura ação penal bem instruída com elementos essenciais que demonstrem a autoria e materialidade do crime praticado na sociedade.

Ainda que o inquérito policial demonstre ser uma atividade de instrução provisória, norteados por sua natureza inquisitiva, sigilosa e indispensável, o Supremo Tribunal Federal vem editando súmulas vinculantes, a fim de demonstrar o

que é indispensável à administração da justiça, ainda em sede de procedimento investigativo.

Entretanto, se tais preceitos forem descumpridos, mesmo se tratando de um procedimento tido por muitos como administrativo, há uma grande discussão sobre sua declaração de nulidade por violação expressa à constituição federal, mas o que vem prevalecendo na ótica majoritária da doutrina e jurisprudência é que se constitui mera irregularidade do ato.

Ainda que seja esse o entendimento adotado, para se efetivar o *jus puniendi*, o Estado estará para tanto adstrito aos direitos e garantias do indiciado abordados por este trabalho, tais quais como a igualdade perante a lei, estrita legalidade, o devido processo legal, a proibição da tortura e do tratamento desumano, a vedação das provas ilícitas e o direito ao silêncio.

Constatou-se ainda que os direitos do indiciado deverão ser observados à luz dos princípios positivados pelo constituinte originário e não como uma mera regra, mantendo-se o devido equilíbrio frente a possibilidade da persecução penal do Estado, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais estudados no presente trabalho, e que sejam analisados caso a caso.

Acrescenta-se para a conclusão, que, diante do sistema legislativo brasileiro, uma medida que se impõe é a necessidade de democratização do inquérito policial e a consequente participação de maneira mais efetiva do indiciado do indiciado, ressalvadas as excepcionalidades que podem afastar tal possibilidade. Reconhecer tais exceções não implica em afirmar que esse poderoso instrumento investigatório constitua um procedimento inquisitivo por natureza, submetido a toda e qualquer discricionariedade da autoridade policial.

Como salientado, o presente trabalho visou demonstrar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais do indiciado frente ao inquérito policial, funcionando como uma barreira, um obstáculo ao Jus puniendi Estatal, tendo para tanto o constituinte brasileiro positivado importantes institutos que visam assegurar de forma ampla e segura os direitos constitucionais a igualdade, legalidade, devido processo legal, proibição da tortura e do tratamento desumano e o direito ao silêncio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, Erico. **Psicologia Judiciária: Personagens do processo penal**, 2 ed. – Coimbra: Armênio Amado, 1981.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**, 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 2 ed. – São Paulo: RT, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 678 (1992), **Convenção Americana sobre direitos Humanos**. Brasília: Senado, 1992.

----- . Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 11**. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

----- . Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

DA SILVA, José Geraldo. **O Inquérito Policial e a Policia Judiciária**. 1. ed.- Campinas: Bookseller, 2000.

DAURA, Anderson Souza. **Inquérito Policial – Competência e Nulidade de Atos da Policia Judiciária**, 2ª ed. – Curitiba: Juruá, 2009.

HADDAD, Carlos Henrique Borildo. **O Interrogatório no Processo Penal**, 1 ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLTHER, Leo Van. **Direito Constitucional**, 5 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Elementos do Direito**. 5ª ed.- São Paulo: Premier Máxima, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial**. 1. ed.- Campinas: Millennium Editora, 2012.

SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**, 3 ed. – São Paulo: Iglu, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 11ª ed.- São Paulo: Saraiva, 1989.