

INQUÉRITO POLICIAL, DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO – MODIFICANDO PARADIGMAS

BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART

*Bacharel em Direito pela Universidade do Estado
do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.*

RESUMO: Este trabalho visa analisar a possibilidade de participação do sujeito passivo na fase pré-processual da persecução penal, a fim de exercer influência sobre a formação da *opinio delicti* do Ministério Público acerca do processo ou não-processo. Será examinada a doutrina neoconstitucionalista, sua repercussão no Processo Penal e, especificamente, no Inquérito Policial, com uma proposta de superação da visão autoritária tradicional por uma visão democrática participativa.

Palavras-Chave: Inquérito Policial; Filtragem Constitucional; Direito de Influência; Democracia Participativa.

ABSTRACT: This work aims to analyze the possibility of participation of the taxable person in the pre-procedural criminal prosecution, in order to exercise influence over the formation of the *opinio delicti* of Public Prosecutor about the process or non-process. The neoconstitutional doctrine and its repercussion in Procedural Criminal Law will be examined, especially in the Police Inquest, in order to overcome the traditional authoritarian vision by means of showing the participatory democratic one.

Key Words: Police Inquest; Constitutional filtering; right of influence; Participatory Democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistema jurídico e sistema processual penal – 3. Inquisitorialidade – 4. Sistema acusatório e Constituição – 5. Princípio da participação e inquérito policial – 6. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

Afirmar que o inquérito policial caracteriza-se pela inquisitorialidade é lugar comum na doutrina. Sem muita reflexão, os autores utilizam a expressão “inquisitório” para designar três fenômenos distintos: (I) coisificação do sujeito passivo, que se torna mero objeto; (II) ausência de contraditório¹; (III) sigilosidade e escritura.

Ocorre que o jurista não pode se furtar de rever as bases de sua teoria, mormente quando se observa um corte epistemológico no ramo da ciência em que atua. E este corte ocorreu nas Ciências

¹ Adota este sentido, Guilherme de Souza Nucci: “O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações (...)”. (NUCCI, 2009, p. 167)

Jurídicas com o neoconstitucionalismo, que se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos. Na lição de Paolo Comanducci (2002), a constitucionalização do Direito pressupõe: (I) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora direitos fundamentais; (II) a garantia jurisdicional da Constituição; (III) a força vinculante da Constituição (que não é um conjunto de normas “programáticas”, mas sim “preceptivas”); (IV) a “sobreinterpretação” da Constituição (se lhe interpreta extensivamente e dela se deduzem princípios implícitos); (V) a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular as relações entre particulares; (VI) a interpretação adequada das leis.

Se o ser humano é cada vez mais o centro das atenções do Direito, se recebeu tratamento diferenciado da nossa Carta Magna, se os mais importantes jusfilósofos contemporâneos preocupam-se sobremaneira com os seus direitos fundamentais de defesa (abstencionistas em relação ao Estado), prestacionais (de atuação material por parte do Poder Público), e de participação (influência na vida política do Estado), por que haveria o inquérito policial de marchar na contramão?

Eis a minha proposta: rever, em algumas linhas, os conceitos básicos que regem a primeira fase da persecução penal à luz da Constituição. O próximo capítulo responderá à seguinte pergunta: “por quê?”. Porque o Processo Penal está imerso em um sistema maior, com o qual deve guardar compatibilidade. Em seguida, indagarei: “como?”. A revisão do inquérito policial depende da exata compreensão do papel do indivíduo na sociedade e do papel do Estado perante o indivíduo. A maneira de se proceder a tal releitura, portanto, é seguindo os modernos postulados da democracia. Respondidas estas questões, passarei a enumerar quais as características que o nosso inquérito policial deve conter para adequar-se aos preceitos constitucionais.

Sistema jurídico e sistema processual penal

O que é inquisitorialidade? É possível chamar o nosso sistema processual penal de acusatório e ao mesmo tempo admitir que um de seus componentes seja a sua antítese, ou seja, inquisitório? Fixemos antes alguns conceitos.

O que é sistema? Sobre essa pergunta se debruçou Canaris. É um elemento comum a todas as ciências. O cientista é um atento observador, a procura de lógica no objeto de sua análise. Como o jurista estuda normas jurídicas, procurará sempre aspectos que lhe permitam estabelecer uma correlação entre todas elas². O conceito de sistema proposto por Canaris envolve sempre duas idéias: (I) *ordenação*, visto que exprime um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível (prisma ou lado científico do sistema), e, por conseqüência; (II) *unidade*, pois tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (prisma ou lado objetivo do sistema). O respeito à lógica sistemática traduz e realiza a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, perfazendo-se em verdadeiro postulado. Os componentes de um sistema jurídico carecem

² Vale citar a precisa observação de Cândido Dinamarco (2001, p. 191): “O verdadeiro cientista do direito deve ter clara noção do modo como se inter-relacionam e interagem os conceitos de sua ciência e precisa remontar sempre, no estudo dos diversos institutos, aos grandes princípios que a regem”.

sempre de justificação axiológica e teleológica (realização dos escopos e valores), e não meramente lógico-formal, visando o seu núcleo fundante, para subsistirem. O sistema, segundo o jurista alemão é *uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais* (2002, pp. 77-78).

Quando se fala em sistema processual penal, em verdade se está tratando de um subsistema menor em relação ao grande sistema do Direito, com “princípio constituinte” próprio³. Podemos chamar este princípio constituinte de sobreprincípio, princípio estruturante ou princípio vago. Quando o sistema processual penal for estruturado com base no princípio acusatório, deste decorrendo todos os demais princípios, estaremos diante de um sistema acusatório.

Como o sistema de Processo Penal é apenas um dos muitos sistemas que são englobados pelo ordenamento jurídico, o seu princípio estruturante (e, conseqüentemente, todas as normas que dele decorram) deve ser compatível com o princípio basilar do grande sistema, aquele que está no seu ápice e informa todas as demais normas jurídicas.

E qual é o fundamento do Direito? Neste ponto os jusfilósofos se dividem. Liberais igualitários, como Rawls e Dworkin, sustentam que os direitos fundamentais são a base e condição para a democracia⁴. Por sua vez, Habermas traça o raciocínio inverso no seu procedimentalismo ético, colocando o princípio da democracia como justificação para a existência de direitos fundamentais, com supedâneo na teoria do discurso. Há ainda a teoria da legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann, segundo a qual o Direito é válido em razão das decisões que estabelecem sua validade, como um ciclo que se justifica tão somente pela observância dos seus próprios postulados.

Não há aqui espaço para tal discussão. Entretanto, uma conclusão é certa: o Processo Penal deve ser democrático e pautar-se pelo respeito aos direitos fundamentais. Então, dependendo do que se entenda por inquisitorialidade, seremos obrigados a inferir que um procedimento inquisitório é inaceitável em face da nossa Constituição.

Inquisitorialidade

É chegado o momento de definir o conceito de inquisitorialidade. O recurso ao Direito romano, neste ponto, é essencial.

Superada a época em que toda a jurisdição criminal era exclusiva do Rei, observava-se primordialmente a existência de um procedimento público, a que se deu o nome de *cognitio*, realizado por delegatários do Governante que detinham extensos poderes de iniciativa, instrução e

³ “Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como ‘geral’, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo”. (CANARIS, 2002, p. 79)

⁴ Gustavo Binenbojm (2003, p. 85) nos traz breve relato sobre a teoria de Dworkin: “Com efeito, uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. As ‘condições democráticas’ são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais são, portanto, uma exigência democrática, antes que uma limitação à democracia”

deliberação, até mesmo devido à ausência de forma definida. A *cognitio* era iniciada de ofício, não tinha procedimento formal estabelecido em lei e nem partes, sendo que o acusado tinha o dever de colaborar com o magistrado, não podendo negar-se a dar respostas no interrogatório – baseava-se, assim, na chamada *inquisitio*. Por fim, o inquisidor poderia aplicar a punição (*coercitio*) de forma discricionária.

Contudo, exceto nos delitos militares e políticos, havia para o acusado a *provocatio ad populum*, que nada mais era que um recurso da decisão proferida pelo magistrado, levando o feito a julgamento em comícios populares, precedido de um procedimento denominado *anquisitio*, dividido em três sessões na presença do povo, onde o acusado poderia defender-se e convencer o magistrado a não pronunciar sua pena perante a assembléia popular. Caso fosse condenado ao fim da *anquisitio*, poderia o acusado interpor a *provocatio*, e a decisão final (*judicium populi*) era feita com base em votações secretas. Conforme aponta Geraldo Prado, este período, conhecido como *comicial*, revelou-se já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade. Prossegue o autor, assinalando que *com o passar do tempo, o poder de império próprio da inquisitio foi sendo limitado às decisões absolutórias, na medida em que das condenatórias se recorria, transformando-se a inquisitio em mero procedimento instrutório* (2006, pp. 74-77).

Após a *cognitio*, com o advento da República em Roma, é criada a *accusatio*⁵, chamada também de *judicium publicum* ou *quaestio*, utilizada em delitos contra a ordem pública, e consistia em conceder ao particular, mais comumente ao ofendido, a prerrogativa de, por sua conta, reunir provas da ocorrência do fato criminoso e imputá-lo a um determinado acusado diante da Assembléia do povo, precedidamente da *inquisitio* ou não. Dava-se, portanto, a qualquer do povo a oportunidade de mover a ação penal, desde que fundadamente – *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

Pode-se notar, destarte, que o modelo processual na República Romana era público e oral, regido pelo contraditório, atribuindo-se exclusivamente às partes a produção probatória.

No Império, que seguiu-se à República, cada vez mais os magistrados concentravam em suas mãos amplos poderes, sob a escusa de se perseguir a verdade real a qualquer custo, chegando mesmo, segundo Manzini, a assumir todas as atribuições que competem hoje ao Ministério Público.

O procedimento de iniciativa do magistrado era exceção e denominava-se *cognitio extra ordinem*, mas tornou-se a regra no Império de Diocleciano, com a promulgação da *de pedaneis iudicibus*, ditada por Maximiano. Diversamente do que ocorria na *cognitio* anterior, na *extra ordinem* o magistrado tinha vasto poder investigatório, lançando mão, inclusive, da tortura. A oralidade e a publicidade ainda vigoravam mesmo no procedimento *extra ordinem*, mas, em virtude do amplo

⁵ João Mendes de Almeida Júnior faz a seguinte consideração a respeito da *accusatio*: “O acusador recebia do magistrado uma comissão (legem) com poderes para o inquérito e com fixação de um prazo, dies inquirendi, para proceder às diligências. Esta comissão, verdadeira delegação do poder judiciário, dava ao acusador o direito de dirigir-se aos lugares, coligir indícios, visitar e ouvir testemunhas, notificá-las para o comparecimento no dia do julgamento, proceder a arresto de documentos e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações, e mesmo as buscas e apreensões penetrando na casa do acusado e de seus amigos, para o que, no caso de resistência, recorria ao magistrado do lugar. Esta *inquisitio* era contraditória, isto é, feita pelo acusador na presença do acusado.” (1959, p. 224)

poder atribuído ao julgador, o sigilo e a escritura acabaram por prevalecer ao longo do tempo, servindo de inspiração para a Inquisição que viria a ocorrer na Idade Média.

Verifica-se nesta análise histórica, portanto, que a inquisitorialidade tem por característica a reunião das funções de acusar, defender e julgar em um só sujeito, o inquisidor. Aliás, quando a função de defender não compete ao acusado, é certo que este se torna alheio à persecução penal – não é um sujeito, mas mero objeto desta. Frise-se, desde logo, que não é correto falar em “processo inquisitório”, o que seria uma contradição nos próprios termos⁶. A ausência de contraditório é apenas consequência da inexistência de partes, bem como a sigilosidade e a escritura são elementos meramente acidentais de um procedimento inquisitório⁷.

Luigi Ferrajoli, ao idealizar um sistema penal garantista⁸, estabeleceu a existência de dez axiomas que o sustentariam. Interessa à nossa abordagem o estudo de dois desses axiomas.

O axioma *nulla probatio sine defensione* traduz o princípio do *contraditório* (ou da defesa, ou da falseabilidade), cuja falta ou supressão em um ordenamento faz surgir um modelo de processo penal autoritário, denominado pelo referido mestre de *sistema de mera legalidade*. Nas suas palavras, se acusação e defesa forem, como no sistema de mera legalidade, “*apenas argumentáveis, mas não ainda verificáveis e contestáveis, estas mesmas garantias só estarão presentes em sentido lato*” (2006, p. 96).

Já da subtração do princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação, resultante do axioma *nullum iudicium sine accusatione*, deriva o *sistema sem acusação separada*, que configura o *método inquisitivo*.

Desta maneira, resta claro o núcleo fundante do sistema inquisitório, que nos dizeres de Ferrajoli “*aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais*” (2006, p. 96).

Sistema acusatório e Constituição

Fixado, então, o conceito de inquisitorialidade, a próxima pergunta a ser respondida é: é possível chamar o nosso sistema processual penal de acusatório e ao mesmo tempo admitir que um de seus componentes (inquérito policial) seja a sua antítese, ou seja, inquisitório?

O sistema acusatório encontra supedâneo no princípio acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), cuja natureza jurídica é de sobreprincípio (ou princípio vago, ou ainda princípio estruturante, na nomenclatura de Canotilho). Serve, assim, de parâmetro formal e material para o

⁶ Ada Pellegrini Grinover esclarece: “É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparecer o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.” (2000, p. 78)

⁷ É a lição de Flávio Mirza: “Costuma-se afirmar que tal sistema (inquisitivo) possui como características o sigilo e a escritura. Não parece ser esse o melhor entendimento, pois os mesmos podem estar presentes em qualquer dos sistemas processuais penais, não lhes sendo essenciais.” (2003, p. 1)

⁸ Que não se confunde com o sistema acusatório. O sistema penal garantista reúne elementos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, e contrapõe-se aos chamados sistemas autoritários.

surgimento (e interpretação) de outros princípios, produzindo sobre eles uma eficácia rearticuladora, integradora, construindo, por conseqüência, um microsistema no ordenamento jurídico.

O princípio acusatório, sob esta ótica, é a versão do *due process of law* no campo do Processo Penal, encontrando fundamento último na dignidade da pessoa humana e consistindo em inferência da cláusula do Estado democrático de direito.

Um “processo penal justo” (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.

Sendo assim, me parece impossível afirmar que o inquérito policial é marcado pela inquisitorialidade, negando ao investigado qualquer atuação digna da sua condição de ser humano, devendo este apenas curvar-se aos atos estatais e contentar-se com a sua condição de objeto. Definitivamente, é esta a visão de Tourinho Filho⁹, completamente inquinada por um discurso organicista¹⁰.

A inquisitorialidade está ligada a regimes de exceção, como se pode divisar desde o Egito antigo, passando pela *cognitio extra ordinem* do Império Romano, até os Tribunais da Inquisição medievais. A escusa é sempre a mesma – permitir a manutenção da segurança pública e impedir a subversão da ordem instituída, o que acarretaria a fragilização do Estado frente a uma pretensa ameaça (que nunca se sabe ao certo explicar qual é). Cada pessoa abdicaria (ou seria forçada a tanto) de seus direitos em prol do atingimento dos interesses sociais, que na realidade se cingem aos interesses dos que governam.

Tal diretriz organicista não se harmoniza com os valores consagrados pela Constituição. Os direitos e garantias fundamentais constituem a reserva de justiça da nossa Lei Maior, e não deverá perdurar nenhum preceito que seja capaz de desvirtuar o seu sentido¹¹.

⁹ “O inquérito também é inquisitivo. Fácil constatar-se-lhe esse caráter. Se a Autoridade Policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja (salvante algumas exceções); se a Autoridade Policial tem poderes para empreender, com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias à elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir sejam ouvidas tais ou quais testemunhas nem tem o direito, diante da Autoridade Policial, às diligências que, por acaso, julgue necessárias, mas, simplesmente, pode requerer a realização de diligências e ouvida de testemunhas, ficando, contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da Autoridade Policial, nos termos do art. 14 do CPP (...) Se o inquérito policial é eminentemente não contraditório, se o inquérito policial, por sua própria natureza, é sigiloso, podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação” (TOURINHO FILHO, 2003, pp. 204-206)

¹⁰ Nos dizeres de Daniel Sarmento, o organicismo é uma teoria onde “prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade do organismo superior encarnado pelo Estado, deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade.” (2007, p. 53)

¹¹ Segundo Flávia Piovesan, “A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao

Definitivamente, a coisificação do homem como meio de conferir ao Estado ampla liberdade investigativa, o que supostamente proporcionaria um melhor conhecimento sobre as possíveis infrações penais praticadas, é uma idéia que deve ser deixada para trás, nos tempos espúrios de ditadura sofridos neste país. Não se pode mais imaginar um Estado-investigador como um ser de retidão indiscutível, no melhor estilo *The King can do no wrong*, detentor de interesses supremos, os quais as liberdades individuais jamais seriam capazes de melindrar, devendo, ao contrário, curvar-se diante daqueles anseios maiores. É conhecida a doutrina de Kant, que colocava como necessidade moral absoluta, como imperativo categórico, tratar sempre o indivíduo como um fim, e nunca apenas como meio, em razão da dignidade que lhe é intrínseca.

Nenhum procedimento estatal no ordenamento pátrio pode ser inquisitório, retirando do investigado a qualidade de sujeito e transformando-o em mero objeto, pois, como já enunciava Cesare Beccaria: “*No vi é libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l’uomo cessi de essere persona e diventi cosa*”¹². Esta noção fora reproduzida pela Carta Magna de 1988, em razão de sua vocação personalista, e por conseqüência “*nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para o atingimento de fins sociais, por mais relevantes que sejam estes*”¹³.

Os autores brasileiros da atualidade são categóricos ao negar uma atuação arbitrária e unilateral da autoridade policial, conclamando aquilo que é tão evidente, mas que o ditatorialismo tratou de obnubilar durante tanto tempo:

“O sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero *objeto* da investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exigem uma *leitura constitucional* do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade.” (LOPES JR, 2006, p. 145)

Com este pensamento anui Fauzi Choukr: “*O modelo não pode prescindir de um respeito à figura do suspeito, exteriorizado no sentido de vê-lo como sujeito das investigações e não como seu objeto*” (2006, p. 139).

Esta perspectiva personalista do inquérito policial vem afetando, felizmente, as decisões do pretório excelso, conforme trecho de decisão proferida no HC 94173 MC/BA, Rel. Min. Celso de Mello:

“(...) mesmo na fase pré-processual da “*informatio delicti*”, a pessoa sob investigação não se despoja de sua essencial condição de sujeito de direitos e de garantias indisponíveis, cujo desrespeito põe em evidência a censurável face arbitrária do Estado.”¹⁴

A ilação que construímos diante destas explanações é a de que não se pode mais falar em inquisitorialidade do inquérito policial. E nem se pense em buscar fundamento para sua subsistência na etimologia da palavra “inquérito”, derivada do latim *quaeritare*, que significa “buscar”,

lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” (2000, pp. 54-55)

¹² Em tradução livre “*Não há liberdade toda vez que as leis permitem que, em alguns eventos, o homem deixe de ser pessoa e torne-se coisa*”. (BECCARIA *apud* TROCKER, 1974, p. 393)

¹³ Citando Carlos Santiago Nino: SARMENTO, 2007, p. 64

¹⁴ Trecho das transcrições no informativo 503 STF, HC 94173 MC/BA, Rel. Min. Celso de Mello, decisão proferida em 01/08/2008

“procurar”, não carreando nenhum sentido de arbitrariedade ou de unilateralidade impassível. Também não se pode recorrer ao art. 107 CPP, que versa sobre a impossibilidade de opor suspeição às autoridades policiais – isso decorre do feitiço administrativo do inquérito, não consistindo em resquício de inquisitorialidade. Outrossim, é errado calcar uma suposta inquisitorialidade na falta de contraditório, no sigilo externo ou na escritura característicos do procedimento persecutório preliminar, vez que, como já visto, nenhum destes elementos é a essência do modelo inquisitivo.

Resta, por conseguinte, aludir à *administratividade* como caráter ínsito ao inquérito policial. Por meio desta expressão é possível demonstrar a não jurisdicionalidade do feito, sem descuidar do acatamento aos princípios do Direito Administrativo e das formas de controle da atuação dos órgãos administrativos.

Um destes princípios, notadamente, revela-se imprescindível ao nosso estudo, pois que traduz uma aproximação entre Estado e administrados, algo de que tanto carece a instrução preliminar, perfazendo-se ao mesmo tempo no melhor mecanismo de controle e de legitimação do Poder Executivo: é o princípio da participação.

Princípio da participação e inquérito policial

Estado democrático é aquele que reconhece os indivíduos como seres livres e plenamente capazes de decidir acerca de seus próprios destinos, pelo que todas as condutas dos Poderes Públicos devem estar fulcradas, em maior ou menor grau, na vontade manifestada por aqueles que são os seus destinatários. No modelo democrático, o Estado é um instrumento a serviço do regular desenvolvimento dos direitos fundamentais do ser humano, e não o contrário. A legitimação, neste contexto, figura simultaneamente como combustível e como limite das atuações do Legislativo, do Judiciário e do Executivo.

A primeira forma de legitimação da Administração Pública é a estrita observância dos ditames do bloco de legalidade, pautando seus atos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, em deferência ao princípio da juridicidade.

Este é o principal pilar da democracia representativa – a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes e consubstanciada na lei vincularia as práticas do administrador público, que deveriam ainda, e principalmente, nortear-se pelos princípios consagrados na Constituição, sendo este mais um “filtro de legitimação”.

Todavia, é notório que o discurso da representatividade não mais obtém respaldo na complexa sociedade moderna, que não encontra espaço para suas diversas aspirações nos desorientados e malversados partidos políticos. Como constata Patrícia Baptista, “*Tradicionalistas intermediários entre o povo e o poder, os partidos acham-se quase reféns dos interesses de grupos. A representação política dá lugar à representação de interesses*” (2003, p. 123). Para além do fato de estar sujeito aos mandos dos detentores do poder econômico, não raro o mesmo grupo político controla tanto o Executivo, como o Legislativo, aviltando a separação dos Poderes e exautorando o princípio da legalidade como fundamento legitimador da Administração Pública. Este fenômeno não é observado só no Brasil, pois, como alerta Gustavo Binenbojm: “*é uma realidade dos Estados de raiz ocidental o fato de que, em larga medida, o Executivo, seja por meios legítimos, seja por*

métodos menos nobres, controla o processo legislativo, quer no sistema parlamentarista, quer no presidencialista” (2006, p. 135).

Neste espaço, desponta uma Administração Pública consensual, que tem por escopo não impor suas decisões unilateralmente, mas, pelo exercício de uma influência recíproca para com os administrados, conduzi-los ao comportamento que entender mais adequado ao interesse público. A influência, como um conceito mais amplo do que o de ‘poder’ (que é a influência dotada de imperatividade), seria a *“relação entre dois agentes, em que um agente induz outros agentes a agirem por uma forma que de outra maneira não agiriam”* (DINAMARCO, 2008, p. 129). Este é o novo rosto do Estado contemporâneo, como vislumbrado por Bobbio: *“O Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”* (1987, p. 26).

Permitindo a influência dos interessados na produção do ato de poder, o Estado se insufla de legitimação, dado que o resultado terá um grau de aceitação maior – a participação é justamente a influência exercida por aqueles sobre quem o poder se exerce (DINAMARCO, 2008, p. 133).

A democracia representativa é, então, democratizada, permitindo o advento de uma democracia participativa (CANOTILHO, 1997), fazendo com que o procedimento assuma importância capital no Direito Administrativo. Explica Vasco Pereira da Silva:

“o titular de um direito fundamental goza, em virtude disso, do direito a que qualquer decisão administrativa que lhe diga respeito e que, portanto, esteja em condições de afectar o seu domínio privado constitucionalmente protegido, seja tomada na seqüência de um procedimento administrativo, de modo a permitir ao privado defender-se preventivamente de qualquer agressão por parte da Administração.” (apud BAPTISTA, 2003, pp. 239-240)

Não temos dúvidas em afirmar que o princípio da participação, consectário do direito de influência, é perfeitamente aplicável ao inquérito policial.

Cabe desde logo expungir o intrujo que vem sendo repetido na doutrina até hoje, de que não há nenhuma manifestação de poder do Estado no inquérito policial, e sim a produção de um mero relatório não opinativo da autoridade policial. Esquecem-se os que assim se posicionam de que com base nas informações colhidas no inquérito policial podem ser decretadas medidas cautelares pessoais ou reais; o investigado, além de ter subtraída sua moral, pode se ver privado de seus bens e até de sua liberdade. Isso sem contar que muitas vezes o que era para ser cautelar se torna verdadeira antecipação de pena, pela escusa da manutenção da ordem pública, na inconstitucional prisão temporária, etc.

E se o inquérito policial finda com um relatório, deve-se recordar também que ele está contido na primeira fase da persecução penal, que só termina com a propositura da denúncia ou com o arquivamento do inquérito. A denúncia é inegavelmente um ato de poder, pois sujeita o indivíduo às cerimônias degradantes, acoimando-o a sentar-se no banco dos réus diante de toda a sociedade, sendo incontestável que, como sustentava Carnelutti, *la pena si resolve nel giudizio e il giudizio nella pena*. Aliás, esta é a principal função do inquérito, servir de filtro processual para que a denúncia não seja exercida desarrazoadamente, sem uma justa causa – não fosse por prevenir a

acusação de inocentes e não se considerando isso um abuso da potestade estatal, o inquérito policial não teria nenhuma utilidade relevante.

Mas a participação do investigado no procedimento pré-processual não se fundamenta no princípio do contraditório, já que o Estado não exerce nesta fase nenhuma pretensão contra o indivíduo. Admitir o contrário é afirmar que o Ministério Público é um acusador sistemático, o que é inaceitável. E, como aponta Fazzalari: “*L’essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un «interessato» e un «controinteressato»: sull’uno dei quali l’atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull’altro effetti pregiudizievoli*” (1994, p. 85).

Devemos lembrar, então, que o contraditório não é a única manifestação da democracia participativa na nossa Carta Magna. Este escopo da nossa “Constituição Cidadã” resta patente em diversos dispositivos, a saber: art. 10; arts. 198, III e 204, II; art. 206; art. 216, § 1º; art. 194, p. u., VII; art. 37, § 3º, etc. E duas normas, em especial, fundamentam a atuação do sujeito passivo no inquérito policial: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CR/88) e o direito de obter informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CR/88).

Dessarte, com base no direito de petição¹⁵, o sujeito passivo tem a prerrogativa de manifestar-se no curso do inquérito, formulando petições, requerendo diligências e, principalmente, sendo ouvido pela autoridade policial – como se pode depreender de uma leitura constitucional, que propomos, do art. 6º, IV do CPP: “*Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura*”.

É claro que nos casos de abuso deste direito, postulando o sujeito com o fito manifestamente protelatório, ser-lhe-á recusada a intervenção, mas sempre de forma fundamentada e pautada pela máxima da proporcionalidade. Essa é a interpretação constitucional que deve ser feita do art. 14 do CPP, que dispõe: “*O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade*”. Isto nada tem que ver com inquisitorialidade ou “*arbítrio da autoridade policial*”, como é corriqueiramente afirmado.

Por outro lado, muito embora o inquérito deva ser sigiloso em relação ao público (sigilosidade externa), para proteger a imagem do investigado, este tem o direito de consulta aos autos, até porque sem isto estaria impedido de participar da formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Vigem no inquérito policial, desta feita, a publicidade interna, de modo que o suspeito ou seu advogado só poderão ser impedidos de conhecer do constante nas peças do procedimento ou de participar das diligências quando isto se mostrar absolutamente incompatível com a efetividade das investigações, em uma ponderação legítima entre os valores liberdade e segurança (*ex parte populi e ex parte principe*), cabendo sempre a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança,

¹⁵ No magistério de Binenbojm (2006, p. 131): “*Com efeito, o direito de petição aos órgãos públicos é direito público subjetivo dos particulares que gera, em contrapartida, o poder-dever (aquí está a norma habilitadora) administrativo de responder, fundamentadamente, ao postulado perante o Poder Público. Diz-se assim, que mais que um direito de postular, a Constituição assegura diretamente um direito a uma resposta fundamentada.*”

conforme o caso, para corrigir abusos. Neste sentido, o art. 7º, XIV, da lei 8906¹⁶ e o 14º enunciado da súmula vinculante do STF¹⁷.

Conclusão

O CPP deve ser adequado à era em que vivemos. O Processo Penal não é uma categoria estanque, sendo, antes, nos dizeres de Roxin, o sismógrafo da Constituição do Estado (2000, p. 10). Por isso as mudanças na estrutura política conduzem a transformações no procedimento penal.

Exercer a democracia, hoje, não se cinge ao exercício do direito de voto¹⁸. O Estado anseia por legitimidade, pelo que sempre que um indivíduo sofrer de forma mais gravosa as consequências de um ato estatal, ser-lhe-á assegurado previamente o direito de influenciar na tomada da decisão, estimulando a sua adoção ou pleiteando seu abandono. É o que se tem chamado de democracia participativa, e inegavelmente deve informar também o inquérito policial, como procedimento que leva a um dos mais severos provimentos estatais: a denúncia. O inquérito policial deixa, assim, de ser inquisitório e passa a ser participativo.

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro. V. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito Político: Uma democracia em vias de transformação. *In* Revista de Direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Liberdade e Igualdade no final do século XX. *In* Revista de Direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁶ “São direitos do advogado: 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”

¹⁷ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

¹⁸ Explica Celso Ribeiro Bastos: “Temos hoje uma superação da democracia representativa que se mede no grau de participação de determinados setores da sociedade na gerência da coisa pública. Isto vale, no entanto, mais como um prenúncio do que como uma constatação da nossa realidade. Há uma gradativa descrença do povo nos seus representantes. Isto tem deixado espaço para novas formas de o povo interferir no Estado.” (2000, p. 161)

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. In “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, nº 16, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. VII ed. Padova: cedam. 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutor Juarez Tavares. 2ª ed. RT, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MIRZA, Flávio. *Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro - breves notas*. Artigo publicado no sítio www.mundojuridico.adv.br em 14.04.2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório - A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: ed. del Puerto, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giufrè, 1974.