

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Emerson Ghirardelli Coelho

Investigação criminal constitucional

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

Emerson Ghirardelli Coelho

Investigação criminal constitucional

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, Neuza e José, por me ensinarem sobre o valor do conhecimento e o seu poder transformador; às minhas filhas Natália e Ana Beatriz, fontes de amor incondicional e inspiração infinita; e a minha querida Natália Paixão, por me fazer enxergar que a arte de viver pressupõe paciência, simplicidade e, sobretudo, amor despretensioso.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, pelo cultivo da humildade que lhe é peculiar e pelo vasto saber jurídico compartilhado.

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, pelo espaço de convivência acadêmica que me foi franqueado e pelas riquíssimas lições obtidas em sua cátedra.

Ao prezado amigo Professor Doutor Roberto Ferreira Archanjo da Silva, por acreditar neste neófito da pesquisa jurídico-científica e por incentivar este estudo desde a sua fase embrionária até o ápice de sua defesa pública.

Ao Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, pelas memoráveis e enriquecedoras manhãs de debates filosóficos.

Aos diletos colegas do programa de mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela sólida amizade construída e pela imprescindível contribuição para o sucesso desta empreitada.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme. Se um torrão de terra for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se tivesse perdido um promontório, ou perdido o solar de um teu amigo, ou o teu próprio. A morte de qualquer homem diminui a mim, porque na humanidade me encontro envolvido; por isso, nunca mandes indagar por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.

Por quem os sinos dobram

John Donne (1572-1631)

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

RESUMO

A crise que acomete o sistema de Justiça Criminal brasileiro muitas vezes é imputada à ineficiência da Polícia Judiciária e à ineficácia do inquérito policial como meio de apuração de fatos delituosos. Contudo, a problemática toma outro relevo quando analisamos a fundo a investigação criminal à luz dos princípios e valores constitucionais democráticos. Passamos, então, a perceber que as deficiências do procedimento investigatório não são de cunho estrutural, mas sim decorrentes de paradigmas interpretativos edificados sob a égide de regimes políticos de exceção. Isso nos revela a necessidade de colocar em prática uma hermenêutica processual penal contemporânea, em que a devida investigação criminal, constitucional e legalmente produzida, seja encarada como instrumento de proteção de direitos fundamentais, desvelando-se como verdadeira ferramenta de promoção da dignidade humana. Alicerçadas nessas premissas devem seguir as construções doutrinárias e jurisprudenciais e as reformas legislativas que visem aprimorar a fase extrajudicial da persecução criminal, consolidando o inquérito policial como verdadeiro procedimento processual penal de cunho garantista, voltado a concretizar o ideal constitucional de processo justo, princípio este basilar do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Investigação Criminal. Princípios Constitucionais.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Constitutional criminal investigation*. Dissertation (Masters in Criminal Procedural Law, concentration area Social Relations Law). Sao Paulo: Pontifical Catholic University of Sao Paulo, 2016.

ABSTRACT

The crisis affecting the Brazilian criminal justice system is often attributed to the inefficiency of the Judiciary Police and the ineffectiveness of the police investigation as a means of investigation of criminal acts. However, the problem takes another relevance when we analyze the criminal investigation in depth in accordance with the democratic principles and constitutional values. We pass, then, to realize that the shortcomings of the investigation procedures are not structural in nature but rather due to interpretive paradigms built under the aegis of political exception regimes. This reveals the need to put in place a contemporary criminal procedure hermeneutics, in which proper criminal investigation, constitutional and legally produced, is regarded as fundamental rights protection instrument, unfolding as real tool for promoting human dignity. Grounded on these assumptions should follow the doctrinal and jurisprudential construction and legislative reforms aiming to improve the extra-judicial phase of the criminal prosecution, consolidating the police investigation as true procedural criminal procedure of a “garantista” nature, aimed at achieving the constitutional ideal of due process, a principle of the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Procedural Law. Criminal Investigation. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO.....	14
2.1 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito	16
2.1.1 Princípios e valores constitucionais democráticos	20
2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	24
2.1.3 Sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais	29
3 LIMITES CONSTITUCIONAIS DO PODER DE PUNIR	32
3.1 Direito penal constitucional.....	33
3.2 Constitucionalização do processo	45
3.2.1 Processo penal como garantia fundamental	51
3.2.2 Acesso à justiça penal.....	56
4 DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	61
4.1 Garantia de presunção de inocência	63
4.2 Princípio do órgão investigador natural.....	64
4.3 Igualdade das partes na investigação criminal	74
5 POLÍCIA JUDICIÁRIA	77
5.1 Funções constitucionais e garantias institucionais	84
5.2 Poder de polícia judiciária.....	89
5.3 Delegado de polícia	92
5.3.1 Garantias funcionais.....	97
5.4 Controle dos atos de polícia judiciária	100
6 INQUÉRITO POLICIAL	105
6.1 Mutação das características do procedimento.....	109
6.1.1 Processualidade.....	110
6.1.2 Democraticidade	111
6.1.3 Imprescindibilidade.....	112
6.1.4 Obrigatoriedade.....	113
6.1.5 Indisponibilidade.....	116
6.1.6 Discricionariedade.....	116
6.1.7 Razoabilidade	117
6.1.8 Judicialidade	120
6.1.9 Sigilosidade	122
6.2 Ampla defesa e contraditório mitigado.....	125

6.2.1 Atuação da defesa técnica e autodefesa	132
6.3 Reflexos da presunção de não culpabilidade	139
6.3.1 Silêncio, confissão e delação	141
6.4 Indiciamento e suas consequências jurídicas	147
6.4.1 Fundamentação do ato de indiciamento	150
6.5 Valor probatório do inquérito policial	152
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
BIBLIOGRAFIA	161

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa destina-se ao estudo da investigação criminal sob o enfoque constitucional no Estado Democrático de Direito.

Enfrentaremos o tema que envolve a devida investigação legal realizada pela Polícia Judiciária e objetivaremos responder ao questionamento se é ela verdadeiramente um instituto processual penal apto à efetivação de direitos e garantias fundamentais, instrumentalizando a concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Para isso, desenvolveremos nossa investigação científica utilizando a dialética como abordagem teórico-metodológica, cujos fundamentos possibilitarão compreender os institutos jurídicos analisados e construir uma adequada abordagem hermenêutica do tema.

Contudo, à vista da necessidade de se entender também os reflexos sociais que envolvem o objeto deste estudo, utilizaremos, combinadamente à dialética, os métodos experimental-observacional e comparativo, que permitirão o exame empírico dos fatos sociais e jurídicos enfrentados.

Não tencionamos abranger todos os aspectos que envolvem o estudo da investigação criminal e sua incidência prática, mas buscaremos, por meio de uma correta apreciação metodológica, alcançar e apreender os elementos que autorizarão construir uma base interpretativa desse instituto sob o enfoque do princípio democrático, não nos descurando dos fundamentos teóricos e jusfilosóficos necessários à sua estruturação.

Inicialmente enfrentaremos o tema relacionado aos princípios e valores constitucionais como conformadores do Direito, tanto no aspecto legislativo como na aplicação e interpretação de seus institutos, com destaque para a dignidade da pessoa humana e sua influência axiológico-normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Verificaremos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os valores que a permeiam, explícita e implicitamente, revelam-se como a força motriz dos instrumentos jurídicos mobilizados à concretização do Estado de justiça social que se busca implementar no país, inclusive pela via da Justiça Criminal justa.

Nessa esteira, abordaremos de maneira objetiva os princípios e valores constitucionais que fundamentam e limitam o Direito Penal à realidade democrática e, em seguida, o devido processo penal como garantia fundamental de acesso ao processo justo.

Daremos ênfase, no entanto, às normas-princípio constitucionais que norteiam o Direito Processual Penal, demonstrando que cada uma delas tem por função primordial tornar concreto o exercício de algum direito fundamental e por finalidade precípua efetivar o princípio maior da dignidade da pessoa humana, por intermédio do direito criminal aplicado pela via do processo penal.

O debate sobre a abrangência do conceito de devido processo penal e das garantias dele decorrentes, como a ampla defesa, o contraditório, a igualdade das partes e a presunção de inocência, também ganhará destaque.

Trataremos do paralelismo entre o direito de ação e o direito de defesa, ressaltando a característica marcante do sistema acusatório do processo penal constitucional democrático brasileiro, consistente na nítida separação de funções entre os órgãos investigador, acusador, defensor e julgador, como forma de garantir o equilíbrio entre os sujeitos parciais em todas as fases da persecução penal.

Objetivaremos expor algumas questões principais, de extrema relevância jurídica, relacionadas à primeira fase da *persecutio criminis*, abordando as influências do processo penal constitucional na devida investigação criminal e a vocação desta de servir como instrumento garantidor de direitos fundamentais.

Para isso, passaremos pelo estudo da Polícia Judiciária como órgão investigador natural, destacando as suas atribuições constitucionais e legais e as características do poder de polícia judiciária que lhe é inerente.

Além disso, trataremos da figura do delegado de polícia, membro dirigente da Polícia Judiciária e responsável pela presidência da investigação criminal, destacando suas atribuições, prerrogativas funcionais e respectivos poderes.

Em seguida, estudaremos o inquérito policial desde sua origem, bem como a sua transformação, com o advento da Constituição Federal de 1988, em procedimento processual penal componente da garantia constitucional do devido processo penal.

Será necessário recorrer, portanto, ao processo histórico ao qual se submeteu o inquérito policial no Brasil, pois, sem estudar a evolução deste instituto no tempo e confrontá-lo com alguns modelos que lhe são correlatos em outros países, não será possível compreender, interpretar e refletir sobre a sua realidade atual e as perspectivas para o futuro da investigação criminal democrática em nosso país.

Destacaremos a necessidade de observância incondicional dos direitos e garantias fundamentais no transcorrer do procedimento extrajudicial, com destaque para a ampla defesa e o contraditório mitigado, revelando a verdadeira vocação do inquérito policial de servir como instrumento processual voltado a conformar o *jus puniendi* estatal face o *status libertatis* do indivíduo.

Nesse contexto, destacaremos o papel relevante da defesa técnica na investigação criminal e sua participação na produção probatória, tendo em vista a posição do investigado como sujeito de direitos e detentor da prerrogativa de se ver assistido por profissional habilitado à defesa de seus interesses no procedimento de inquérito policial.

Nesse diapasão, trataremos do indiciamento e sua necessária conformação com as normas processuais penais, que garantem ao suspeito que esse ato, quando cabível, seja formalizado por autoridade com atribuição constitucional e legal para a sua prática, mediante a respectiva fundamentação da decisão nos autos de um regular procedimento investigatório.

Por fim, concluiremos esta pesquisa abordando a eficácia das provas produzidas na primeira fase da *persecutio criminis*, momento em que ressaltaremos o acentuado valor probatório do inquérito policial, desde que produzido com observância das normas-princípio constitucionais processuais, procedimento este que chega às mãos do magistrado como instrumento substancial para formação de sua convicção jurídica acerca da verdade dos fatos, possibilitando a promoção de justiça penal com celeridade, segurança jurídica e respeito aos valores humanos fundamentais.

2 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

No estudo da evolução do constitucionalismo moderno, verificamos que as Constituições instituidoras dos denominados Estados de Direito surgem no período pós-revoluções liberais, impulsionadas pelos ideais iluministas e pautadas na filosofia racionalista dos séculos XVII e XVIII; foram concebidas como forma de limitar o poder do soberano face às liberdades individuais, por intermédio das declarações de direitos.

Luís Roberto Barroso destaca que

o iluminismo, as teorias contratualistas e a reação ao absolutismo fazem renascer o ideal constitucionalista, fundado na razão, na contenção do poder e no respeito ao indivíduo. Com as revoluções liberais surgem, nos Estados Unidos (1787) e na França (1791), as primeiras constituições modernas, materializadas em documentos escritos, aprovados mediante um procedimento formal e solene.¹

Essa primeira geração de constituições, típicas dos Estados Liberais de Direito, contribuíram para a submissão do poder político ao império da lei, negando os dogmas *jusnaturalistas* e separando o Direito da moral religiosa. Contudo, impuseram uma neutralidade exacerbada do Estado em relação à garantia e efetivação de direitos individuais e sociais, provendo uma retração do poder político.²

Com o objetivo de corrigir as imperfeições do Estado Liberal, os movimentos sociais dos séculos XIX e XX, impulsionados pela revolução industrial, levaram à consciência da necessidade de se buscar uma justiça social cunhada no conceito de Estado material de Direito e não no simples formalismo traduzido nos textos das Constituições liberais.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

² Essa retração foi bem traduzida na célebre frase de Vincent de Gournay (1712-1759): *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* (Deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo).

Nasce, então, o constitucionalismo de segunda geração, característico do Estado Social de Direito, em que o qualificativo social se refere à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos direitos sociais, na busca de realização dos objetivos de justiça social.³

Nessa concepção de Estado social, afirma Elías Díaz⁴, busca-se compatibilizar o capitalismo como forma de produção e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*, passando-se a inserir nas constituições capítulos de direitos econômicos e sociais.

Contudo, a ambiguidade do Estado Social de Direito, revelada nas várias interpretações possíveis de serem atribuídas ao adjetivo *social*, acabou por possibilitar uma deturpação de seus principais objetivos, mergulhando-o em um positivismo jurídico divorciado de quaisquer valores essenciais à justiça das normas.⁵

Paulo Bonavides esclarece que

o Estado liberal e o Estado socialista, frutos de movimentos que revolveram e abalaram com armas e sangue os fundamentos da sociedade, buscam, sem dúvida, ajustar o corpo social a novas categorias de exercício de poder, concebidas com o propósito de sustentar, desde as bases, um novo sistema econômico adotado por meios revolucionários. Já o Estado social propriamente dito – não o do figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita – deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal.⁶

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119.

⁴ Apud SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 119.

⁵ A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, Inglaterra de Churchill e Attlee, a Quarta República Francesa e o Brasil após a Revolução de 1930 foram Estados Sociais, o que demonstra que esse tipo de modelo político, edificado sobre as bases de uma constituição que prioriza direitos sociais, se compadece com regimes democráticos, fascistas e nacional-socialistas (BONAVIDES, Paulo. *Estado Social e Estado Liberal*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 184).

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150-151.

Nessa linha, como forma de suplantar a crise de valores sofrida pelos Estados liberais e também pelos modelos de Estados socialistas, houve um caminhar no sentido de resgate das origens do princípio democrático, a fim de alçá-lo à condição de fundamento material do Estado constitucional de Direito e base para a promoção da dignidade humana, culminando no modelo de Estado Democrático de Direito.⁷

2.1 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito surge como ideal de Estado de justiça material, servindo de base a uma sociedade democrática, incorporando todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e efetivando sua real participação nos destinos da Nação. Pauta-se esse modelo no império da lei, mas a lei que busca uma igualdade material de condições entre os socialmente desiguais e não uma lei generalista, que impõe apenas uma igualdade formal, como no Estado Liberal de Direito.⁸

Luís Roberto Barroso expõe que “a democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é mais do que governo da *maioria*, o governo para *todos*”.⁹

O referido constitucionalista prossegue esclarecendo que

para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares

⁷ A denominação *Estado Social e Democrático de Direito* é hoje utilizada pelas atuais constituições da Alemanha (1948) e da Espanha (1978) para designar um Estado preocupado com os direitos fundamentais sociais, além dos direitos individuais consagrados pelo modelo de *Estado Liberal de Direito*, sob um regime democrático de governo. Portugal, por sua vez, utiliza a designação *Estado de Direito Democrático* que, para José Afonso da Silva (op. cit., p. 123), não seria a denominação mais adequada, pois a democracia não qualificaria diretamente o Direito, mas sim o Estado como organização político-social, refletindo seus valores sobre todo o ordenamento jurídico que o rege.

⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 121-126.

⁹ Op. cit., p. 41.

mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.¹⁰

Nas constituições democráticas, portanto, a participação popular nas decisões políticas passa a ser um valor constitucional que se irradia sobre o Estado de Direito e serve como ferramenta de correção das imperfeições do sistema de organização social pautado na concepção do Estado como detentor do poder soberano e absoluto.

Essas constituições contemporâneas, tipicamente rígidas, refletem o denominado *neoconstitucionalismo*, fundado nas ideias pós-positivistas, que buscam resgatar os valores humanos universais fundamentais e alçá-los ao patamar de base axiológica do sistema jurídico estabelecido, conciliando o *juspositivismo* aos postulados principiológicos.

O *neoconstitucionalismo* recebe críticas de jusfilósofos como Michel Troper¹¹, que sustenta uma incompatibilidade intransponível da própria ideia de *constitucionalismo* com o *juspositivismo* clássico e aponta esse movimento doutrinário como uma reaproximação do Direito à moral *jusnaturalista*.

Luigi Ferrajoli, por seu turno, não vê o *constitucionalismo* em si como uma negação ao *juspositivismo*, mas constata essa característica no *neoconstitucionalismo*. Argumenta este jurista italiano *juspositivista* que a sua concepção de

constitucionalismo garantista, mesmo teorizando a dimensão estática inserida no positivismo jurídico pelas normas substanciais das Constituições, rejeita a tentação de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do constitucionalismo ético.¹²

Essa seria, para ele, a concepção mais condizente com a realidade das Constituições contemporâneas.

¹⁰ Idem.

¹¹ Apud FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. In: *Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst.* 9. 2010. Curitiba-PR. Anais eletrônicos do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba: ABDConst., 2011, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 3 set. 2015, p. 97.

¹² Ibidem, p. 113.

Adotando posição intermediária e conciliatória, Paulo Bonavides sustenta que

a unidade da constituição, na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo, só se traduz compreensivelmente quando tomada em sua imprescindível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor. Ambos os termos conjugados assinalam, com a revolução hermenêutica, o momento definitivo da supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática e, ao mesmo tempo, exprimem a ascensão da legitimidade material que põe em grau de menor importância, por carência de préstimo superior nas soluções interpretativas da Constituição, o formalismo positivista e legalista do passado, peculiar à dogmática jurídica do século XIX. Formalismo que interpretava regras e não princípios. Por isso mesmo, mais atento ao texto das leis que ao Direito propriamente dito. Daquele binômio deriva, em suma, a reconciliação da dogmática com a hermenêutica, fundamentando, assim, fora do âmbito especificamente constitucional, em termos genéricos, a legitimidade do novo Direito, mais propínquo à vida que à utopia, mais chegado e permeável, portanto, à hegemonia do princípio que consagra a dignidade da pessoa humana.¹³

Nesse diapasão, podemos constatar que essas constituições contemporâneas promovem a chamada constitucionalização do Direito, como forma de concretizar os seus valores-base, instituindo em seus textos normas-princípio ligadas diretamente aos vários ramos da ciência jurídica, normas estas de natureza vinculante em relação à atuação do legislador derivado e do aplicador do Direito.

É o que conclui Luís Roberto Barroso, no seguinte excerto:

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria...*, p. 233.

entre o poder político e os indivíduos, especificamente as minorias.¹⁴

O Brasil, seguindo essa tendência mundial, constituiu-se em um Estado Democrático de Direito em 1988 e assim se legitimou em uma Constituição democrática, fruto da vontade popular representada pela Assembleia Nacional Constituinte que a promulgou.

Como se vê, no “Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988”.¹⁵

A nossa Constituição Federal deixa claro em seu texto que a democracia qualifica o Estado e irradia os seus valores sobre todos os elementos constitutivos deste, inclusive sobre a ordem jurídica que o rege. É o que se constata pela posição topográfica ocupada pelo princípio democrático, que na Constituição brasileira está expresso no texto do artigo 1º, dentre os demais princípios fundamentais.

No Estado brasileiro, portanto, o Direito se funda nos valores sociais fundamentais e deve ajustar-se ao interesse de todos e não apenas de uma minoria ou de uma maioria transitória, assim como toda a estrutura estatal deve se voltar ao interesse público e respeitar as liberdades individuais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet,

tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediata, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona na melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente

¹⁴ Op. cit., p. 85.

¹⁵ Idem.

poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.¹⁶

Por isso, existe o reconhecimento expresso em nosso texto constitucional dos direitos fundamentais individuais e sociais e de suas respectivas garantias, todos dotados de força normativa, como forma de possibilitar a realização de uma justiça social fundada na dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Princípios e valores constitucionais democráticos

A introdução de valores no Direito põe fim à dissociação estabelecida pelo juspositivismo entre razão pura e razão prática, promovendo a consolidação dos valores socialmente cultuados como essência fundamental dos princípios jurídicos, positivados ou não.

Robert Alexy, em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, afirma que os princípios são mandamentos do tipo denominado *mandamentos de otimização*, que impõem um *dever-ser* e por isso pertencem ao âmbito deontológico. Os valores, por seu turno, pertencem ao âmbito axiológico, pois refletem o que é bom, o que é melhor.¹⁷

A diferença entre princípios e valores estaria reduzida, assim, no sistema de princípios, a um ponto: aquilo que no modelo de valores é *prima facie* o melhor, no modelo de princípios é *prima facie* o devido; e aquilo que no modelo de valores é definitivamente o melhor, no modelo de princípios é definitivamente o devido.¹⁸

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 59.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

¹⁸ Idem.

O princípio, portanto, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, constitui-se em

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁹

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso explana que

os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixam de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.²⁰

Foi através da *jurisprudência dos valores*, surgida pós-segunda guerra mundial, que inicialmente se resgatou os ideais de justiça que devem ser incorporados pelo sistema jurídico, mesmo que não previstos em lei, afastando a possibilidade de se promover injustiças positivadas, calcadas nos postulados juspositivistas.

A conhecida *fórmula de Radbruch*, construída pelo jusfilósofo alemão Gustav Lambert Radbruch em seu trabalho intitulado *Injustiça legal e direito supralegal* (1946), bem sintetiza esta visão, ao preceituar, grosso modo, que, sendo uma lei insuportavelmente injusta, sobre ela devem prevalecer os princípios de justiça, o que legitimaria o julgador a interpretar a norma aplicável ao caso concreto conforme estes valores supraleais que norteiam todo o sistema jurídico, entendidos hoje como valores humanos fundamentais.²¹

Friedrich Müller, em sua *Teoria Estruturante do Direito*, construída em meados dos anos 1960, vai além, defendendo a tese de que a norma jurídica é fruto da aplicação concreta do Direito aos conflitos sociais e é construída pelo

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

²⁰ Op. cit., p. 205.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria...*, p. 206-209.

juiz julgador com base na realidade do caso concreto e não pelo legislador, servindo os textos positivados apenas como premissas democráticas de partida e limites jurídicos para a concretização legal e legítima das normas por intermédio da jurisdição.²²

Robert Alexy, seguindo essa linha, submete os princípios a um procedimento de argumentação jurídica, pautado na proporcionalidade inerente aos direitos fundamentais, em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os princípios, assim, não seriam aplicados diretamente, sendo meio para a construção de uma regra de aplicação concreta, como forma de isolá-los e protegê-los das contaminações advindas da razão concreta.²³

Essa metodologia promove a necessária segurança jurídica e evita a abertura completa do sistema, permitindo, contudo, a sua permeabilidade aos valores eleitos pelo Estado democrático, mesmo que não positivados.

Como reflexo de sua natureza deontológica e de sua alma valorativa, os princípios constitucionais positivados caracterizam-se, então, como uma espécie de norma, com força vinculante, assim como as demais regras que compõem o sistema jurídico, mas com primazia em relação a estas últimas.

É o que expõe Willis Santiago Guerra Filho no seguinte trecho:

Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem-se a fatos hipotéticos (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à *técnica de aplicação*, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado “sopesamento” (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por

²² Idem.

²³ Op. cit., p. 116-120.

conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com os princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada.²⁴

A força normativa da Constituição pós-positivista traduz, portanto, a realidade de um sistema político-jurídico que não se subordina exclusivamente à vontade do legislador, como no positivismo clássico, em que se imprime aos princípios constitucionais natureza meramente programática e não normativa.

O *neoconstitucionalismo* se pauta na concepção de que as normas-princípio constitucionais devem ser concretizadas diretamente pelo aplicador do Direito, mesmo diante de omissões ou abusos do legislador derivado, fazendo prevalecer os valores eleitos pelo poder constituinte originário no texto da Constituição democrática.

Ferdinand Lassalle afirma que a verdadeira Constituição é aquela que reflete os reais fatores de poder que regem uma nação, sendo que esta Constituição real muitas vezes não coincide com a Constituição escrita, editada com base em interesses distintos daqueles que realmente direcionam a sociedade.²⁵

Para esse constitucionalista, quando a Constituição formal refletir o conteúdo da Constituição real estaremos diante de um texto constitucional juridicamente legítimo, caso contrário o sistema jurídico criado por uma *Constituição folha de papel* não teria como se sustentar, pois a Constituição, como lei básica, não seria legítima a fundamentar outras normas infraconstitucionais, que se tornariam, também, incompatíveis com os reais fatores de poder e inaplicáveis.

Konrad Hesse, por sua vez, sustenta que admitir a existência de uma Constituição real distinta da Constituição escrita revelar-se-ia em uma verdadeira contradição, pois a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, mas não se caracteriza apenas pela expressão desta, graças ao elemento

²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª ed. Colab. Henrique Gaberllini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149-150.

²⁵ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª ed. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

normativo que lhe é intrínseco, que ordena e conforma a realidade política e social aos seus objetivos político-jurídicos.²⁶

Apoiados nessa ideia, verificamos que

o constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade.²⁷

Levando em conta o exposto e considerando que o Estado Democrático de Direito alça o ser humano ao centro de toda a estrutura jurídico-política e social de um país, elegendo a sua dignidade como valor maior a ser concretizado, podemos concluir que os princípios e demais valores consagrados constitucionalmente detêm força normativa e vinculante que se irradia a todo o sistema jurídico, conformando o Estado e a realidade social aos objetivos definidos democraticamente na Carta Política.

2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Nesse ponto, passamos a analisar mais detalhadamente o valor dignidade humana e sua elevação ao patamar de *metaprincípio*, que vincula e direciona a organização estatal e a sociedade em geral, em seus aspectos político e jurídico, impondo um *dever-ser* positivado nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

Em investigação histórica desse tema, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que, “de modo especial, os valores da dignidade humana, da liberdade e da igualdade

²⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 41.

dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”.²⁸

Na Grécia Antiga, a importância da existência humana era aferida por intermédio da verificação do grau de capacidade do indivíduo de atuar em prol do coletivo: quanto maior o engajamento e colaboração do cidadão para com as questões da *polis*, maior o seu status no contexto social.²⁹

Portanto, prevalecia nessa época a ideia de uma dignidade coletiva e não individual inerente à condição humana, até porque a sociedade grega se dividia em castas e os escravos não eram titulares de direitos civis.

A Roma Antiga, influenciada pela estrutura política predominante dos povos gregos e etruscos, não se afastou muito da concepção do ser coletivo, dignificando a figura daquele que agia em prol dos interesses do império e relegando a segundo plano a condição humana individual, o que era possível constatar no tratamento dispensado aos escravos e aos cidadãos componentes de castas sociais inferiores.

Durante o período de declínio do Império Romano e ascensão do Cristianismo, os escritos de Santo Agostinho (354-430 d.C.) trazem os primeiros esboços filosóficos da construção de uma teoria sobre a existência humana e suas características distintivas dos demais seres vivos, o que fez surgir a ideia de que cada pessoa concentra em si atributos que a identificam como única no contexto existencial, tornando-a individualmente especial aos olhos do “Criador”.

Foi na Idade Média, ainda sob a influência do Cristianismo, que Santo Tomás de Aquino (1225-1274) tratou pela primeira vez da dignidade humana, afirmando ser o homem composto de matéria e espírito, refletindo uma unidade substancial que o distingue dos demais seres pela racionalidade que possui. Revela-se, assim, este filósofo como um dos precursores do *jusnaturalismo* na Idade Média.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. ct., p. 36-40.

²⁹ Idem.

É o que constata Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer que o pensamento de Santo Tomás de Aquino, além de defender a

concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, também professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.³⁰

Com o surgimento dos ideais humanistas e dos movimentos iluminista e renascentista no final da Idade Média, que culminaram nas grandes revoluções e levaram à derrocada do sistema feudal, os estudos filosóficos deram um grande salto no sentido de construção de teorias que tinham o ser humano como o centro das atenções e sua existência digna como um objetivo a ser atingido.

O *teocentrismo* cede espaço ao *antropocentrismo*, pensamento este que ganha força diante da necessidade de se negar o poder da Igreja e a influência de seus dogmas em relação aos destinos da humanidade. Na filosofia política destaca-se, nessa época, o *contratualismo* traduzido nos escritos de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Barão de Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, 1689-1755) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), e o humanismo revelado nos escritos do Marquês de Beccaria (Cesare Bonesana, 1738-1794).

Durante o período que sucedeu às grandes revoluções que deram ensejo ao surgimento dos Estados Liberais, as ideias de Immanuel Kant (1724-1804) influenciaram sobremaneira a denominada filosofia da moral. Para este filósofo o ser humano existe como um fim em si mesmo, nunca como um meio para a realização de vontades alheias e a dignidade humana, portanto, seria um valor intrínseco à cada indivíduo, superior a qualquer preço que lhe queiram fixar.³¹

Conforme lembra Ingo Wolfgang Sarlet,

é o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito

³⁰ Ibidem, p. 38.

³¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.³²

Todavia, com o surgimento dos Estados Socialistas, impulsionados pela filosofia política de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), a concepção de valorização do corpo social em sobreposição ao individualismo fez ressurgir o ideal de busca por uma dignidade coletiva, que levou à ditadura do proletariado e à violação de direitos individuais.

Conforme pontua Paulo Bonavides,

de semelhantes escolas do pensamento brotou, portanto, aquela organização de poder e de Estado levada a cabo pela Revolução Soviética da primeira metade deste século: o Estado socialista, da versão de Marx e Lênin. Gerando a ditadura do proletariado, esse modelo, na prática e na realidade, configurou historicamente uma paradoxal forma política, tão negativa, tão rude e tão opressiva para a liberdade humana em razão dos desvios de poder, quanto haviam sido aquelas a que se propusera opugnar e abolir: a do absolutismo das velhas autocracias imperiais e a da burguesia, que trazia no ventre a ditadura do capitalismo.³³

Por outro lado, os movimentos fascista e nazista, que sucederam as revoluções socialistas, culminaram nas barbáries praticadas durante a segunda guerra mundial, levando à efeito um desvirtuamento da ordem jurídica constitucional. É o que revela Luís Roberto Barroso em sua explanação sobre o tema:

Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a “lei de autorização” (*Ermächtigungsgesetz*), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler –, ainda quando divergissem do texto constitucional.³⁴

Após esse período trágico da história da humanidade, as Constituições dos Estados pós-guerra passaram a consagrar em seus textos o princípio da dignidade da pessoa humana como valor norteador de todo o sistema constitucional, político e social, reconhecendo o ser humano como centro do ordenamento jurídico.

³² Op. cit., p. 40.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria...*, p. 150.

³⁴ Op. cit., p. 35.

Buscou-se atribuir, assim, ao princípio da dignidade humana plena relevância jurídica, alçando-o a um patamar axiológico superior, tornando-o um valor fonte da hermenêutica constitucional contemporânea.³⁵

Ingo Wolfgang Sarlet propõe-nos um conceito de dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁶

Na Constituição Federal brasileira de 1988, que sofreu influência das cartas constitucionais europeias pós-segunda guerra mundial, foi inserido o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que inaugurou.³⁷ Com essa iniciativa, o constituinte originário avançou significativamente rumo à normatividade do princípio da dignidade humana, quando o transformou em valor basilar da ordem jurídica brasileira.

Ainda nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente

³⁵ As atuais constituições da Alemanha (artigo 1º, nº 1), da Itália (artigo 3º), de Portugal (artigo 1º) e da Espanha (artigo 10, nº 1) consagraram o princípio da dignidade da pessoa humana como valor maior do Estado Democrático de Direito que instituíram.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

³⁷ Cf. Constituição Federal, artigo 1º, inciso III.

carregado de eficácia, alcançando, portanto [...] a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.³⁸

A dignidade humana, em sua perspectiva principiológica, atua, portanto, como um *mandado de otimização*, ordenando que seja observada e realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto, o que a coloca na condição de vetor axiológico das transformações jurídicas e sociais a serem promovidas pela vigente Constituição Democrática.³⁹

2.1.3 Sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais

A Constituição de um Estado não se encerra em um documento formal e está condicionada ao modelo político-jurídico por ela adotado. Por isso, o rol de direitos fundamentais nela contido não é exaustivo, sendo orientado e complementado pelos valores humanos universais.

A Carta Constitucional brasileira elaborou um amplo e aberto sistema de direitos e garantias fundamentais, explícitos e implícitos, em seu texto. Os direitos e garantias individuais e sociais, previstos nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal, traduzem princípios e valores explícitos de nosso ordenamento jurídico com força normativa e que devem nortear a atuação do legislador e dos aplicadores do Direito em geral, constituindo-se em verdadeiros instrumentos de concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Grande parte da doutrina, apoiada na clássica definição de Ruy Barbosa, sustenta que os direitos fundamentais são aqueles contidos nas disposições constitucionais meramente declaratórias e as garantias são disciplinadas por meio

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 84-85.

³⁹ *Ibidem*, p. 87.

de normas criadoras de mecanismos assecuratórios, que visam limitar o poder estatal em face dos direitos declarados.⁴⁰

Contudo, assevera José Afonso da Silva que, diante de nosso texto constitucional, não é conclusivo “afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram direitos usando forma assecuratória”.⁴¹

Os direitos fundamentais, por si só, refletem valores tutelados pelo sistema jurídico basilar de um Estado e as garantias, por sua vez, são estabelecidas como complemento para a sua efetiva realização, pois com eles guardam nexo de dependência.⁴²

Jorge Miranda elucida o tema no seguinte excerto:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em *direitos propriamente ditos*, por um lado, e *garantias*, por outro. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.⁴³

Podemos, então, concluir que as garantias constitucionais instrumentalizam a efetivação dos direitos fundamentais declarados e deles decorrem diretamente, ambos os institutos tendo por objetivo tutelar, de forma ampla e por todos os prismas, a dignidade humana.

⁴⁰ BARBOSA, Ruy. *República, Teoria e Prática*. (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e Coordenação de Hilton Rocha). Petrópolis e Brasília: Vozes e Câmara dos Deputados, 1978.

⁴¹ Op. cit., p. 189.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, tomo IV.

⁴³ Ibidem, p. 129-130.

Essa é a conclusão a que chega também Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar dos direitos fundamentais em sua perspectiva constitucional:

Com base nas ideias apenas pontualmente lançadas e sumariamente desenvolvidas, há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condições de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado em nosso direito constitucional positivo vigente.⁴⁴

A sistematização constitucional para efetivação das normas-princípio fundamentais passa, então, nesse modelo de garantias, pelo devido processo legal, que no Estado Democrático de Direito transcende a natureza originária liberal de garantia individual para atingir a dimensão de garantia social, no sentido de servir como instrumento de promoção de justiça, realizada através do direito constitucional concretizado pela via processual.

Essa perspectiva do processo como concretizador das normas constitucionais penais é defendida por Winfried Hassemer no seguinte texto:

O Direito Processual Penal, assim como nós dissemos, proporciona como regra ao Processo Penal, o modo como um caso deve ser produzido e quando ele pode ser considerado validamente produzido. Nesta descrição, se se quer assim, se determina o Direito Processual Penal *como senhor do Processo Penal e como servidor do Direito Penal material*. O papel de senhor em nossa cultura jurídica é evidente; nele se realiza o princípio de que o Processo Penal é juridicamente ordenado e sob formas jurídicas e deve ser controlado pelo Direito. Por isso tem se designado oportunamente o Direito Processual Penal como *Direito Constitucional aplicado*.⁴⁵

Isso denota, portanto, a necessidade inadiável de se concretizar uma hermenêutica processual penal de cunho democrático, que permita conciliar o interesse coletivo com os direitos fundamentais individuais, promovendo segurança jurídica para a maioria, sem preterir os direitos das minorias, resultando em dignidade para todos.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 62.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 172.

3 LIMITES CONSTITUCIONAIS DO PODER DE PUNIR

Conforme sustentamos anteriormente, o conteúdo valorativo do princípio da dignidade da pessoa humana direciona a edição, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais de todas as espécies, inclusive e principalmente aquelas relativas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Isso respalda a constatação doutrinária da existência de uma Constituição Penal e de um Direito Processual Penal Constitucional.⁴⁶

A constitucionalização do Direito Penal e do Processo Penal no Brasil efetivou-se por intermédio da inserção no texto da Constituição Federal de 1988 de normas-princípio que conformam e limitam o poder de punir do Estado, a exemplo daquelas que consagram os princípios da lesividade, da fragmentariedade ou subsidiariedade, da reserva legal, da intranscendência ou da responsabilidade penal pessoal, da proporcionalidade da pena, da humanidade e do devido processo penal e seus corolários.⁴⁷

Luciano Feldens afirma que,

em um modelo de Estado constitucional de Direito a exemplo do nosso (Estado Social e Democrático de Direito), a ciência jurídico-penal (aqui entendidas, essencialmente, a política criminal e a dogmática jurídico-penal) não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação.⁴⁸

Portanto, são os valores que permeiam o texto constitucional que fazem emergir os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, os quais se apresentam como o substrato dos princípios constitucionais implícitos e explícitos,

⁴⁶ Cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁷ Cf. Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXIX e XL, XLV a L, LIII a LXVIII, LXXIV e LXXV, e LXXVIII.

⁴⁸ FELDENS, Luciano. *A constituição...*, p. 43.

cujo conteúdo normativo vincula a edição e a aplicação das leis no sistema jurídico do Estado.

Esses valores estão em constante tensão no meio social e necessitam, para garantia de sua integralidade, da segurança advinda das normas jurídicas, inclusive daquelas de natureza penal e processual penal, que são instrumentos últimos e excepcionais de tutela de direitos fundamentais.

3.1 Direito penal constitucional

Como se vê, face à sistemática constitucional delineada no Estado Democrático de Direito, o poder estatal de punir em matéria penal está restrito às lesões graves a bens jurídicos tutelados e as suas possibilidades de intervenção nas liberdades individuais são especialmente limitadas.

Roberto Ferreira Archanjo da Silva lembra-nos que

James Goldschmidt considera que as leis penais constituem o direito de punir estatal e a obrigação de castigar, por isso, designa-se esse atributo estatal como poder-dever. Ao lado deste, o Estado tem outro dever extremamente relevante nos Estados Democráticos de Direito, qual seja, a tutela dos direitos humanos fundamentais.⁴⁹

Por isso, a criminalização de condutas em face dos valores eleitos constitucionalmente passa, necessariamente, pelos limites substanciais à criminalização, pela tipificação penal em face dos valores constitucionais, pelo conceito de bem jurídico penalmente tutelável e pelos mandados constitucionais de criminalização, instrumentos estes voltados à construção de um direito penal do fato e não do autor, que impede o sacrifício da dignidade humana a pretexto de se promover segurança coletiva.

⁴⁹ SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 130. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

É o que nos mostra Cláudio José Langroiva Pereira:

Acreditando que não existe poder de punir legítimo sem limitações claras e precisas de seu campo de atuação, segundo a moderna ótica do Estado Democrático de Direito, os princípios informadores e os conceitos de política criminal deste modelo jurídico, como justificadores de uma política de penas, se apresenta como alternativa responsável ao limite ao poder de punir do Estado.⁵⁰

Em decorrência disso, o direito penal é considerado a *ultima ratio* do sistema jurídico, não podendo ser utilizado como instrumento preponderante para o restabelecimento ou manutenção da paz social, visto que efetivamente não tem o condão de, isoladamente, lograr esse objetivo.

Por isso, defende Francesco Palazzo que

da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.⁵¹

Fica bem claro no trecho citado a concepção do autor italiano de que os bens jurídicos constitucionais representam verdadeiro instrumento limitador do poder de punir do Estado, e que, ao mesmo tempo, esses valores maiores definem as diretrizes a serem seguidas pelo Direito Criminal no momento em que regulamenta e efetiva o seu *jus puniendi*.

Portanto, a eleição desses bens jurídicos pela Constituição representa uma ferramenta de despenalização, não servindo, em primeiro plano, como instrumento de criminalização compulsória de condutas. Trata-se de um direito constitucional de liberdade, voltado a impor limites descriminalizantes ao sistema jurídico-penal.⁵²

⁵⁰ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 38.

⁵¹ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 87.

⁵² Idem.

Esse entendimento encontra coro em Claus Roxin, para quem

podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁵³

Nesse prisma, o catálogo de bens jurídicos merecedores de tutela serve como parâmetro para limitar a criação de tipos penais e também como base indicativa para a adoção de medidas despenalizadoras.

Winfried Hassemer elucida que

o conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do *iluminismo*. Ele foi formulado e fundamentado por Paul Johann Anselm Feuerbach por volta do século XIX, como arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética), não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente “bens jurídicos”.⁵⁴

Por conseguinte, o limitador do *jus puniendi* estatal, consubstanciado no princípio constitucional da legalidade penal, também encontra a sua essência nos bens jurídicos constitucionalmente eleitos, o que vincula o legislador a agir com razoabilidade em relação às interferências normativas penais nas liberdades individuais, restringindo a possibilidade de criação de tipos penais incriminadores apenas às hipóteses de graves violações a bens jurídicos tutelados pela Constituição.⁵⁵

É o que também defende Luiz Luisi:⁵⁶

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as

⁵³ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

⁵⁴ Op. cit., p. 56.

⁵⁵ Decorrem da garantia da legalidade penal as proibições à retroatividade, ao direito consuetudinário e à analogia para a incriminação de condutas (*lex praevia, lex scripta, lex stricta e lex certa*).

⁵⁶ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 172.

valorações criadoras dos bens jurídicos, valendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.

Da mesma forma, o rol de bens jurídicos constitucionais baliza a interpretação das normas penais gerais e especiais já promulgadas, fundamentando até mesmo a declaração de inconstitucionalidade de tipos penais editados em manifesto abuso do poder de punir estatal, por ignorarem o catálogo de bens jurídicos eleitos pelo legislador constituinte e ferirem o princípio implícito da intervenção mínima.

Por outro lado, a constante tensão entre política criminal e direito penal revela uma tendência das constituições contemporâneas de servirem mais ativamente como instrumento jurídico de um Estado empenhado na concretização de transformações sociais e tutela de interesses *transindividuais*.⁵⁷ Isso se revela claramente nos chamados mandados de criminalização contidos nos diversos textos constitucionais pelo mundo afora.

Os mandados de criminalização buscam afastar a ideia liberal de que os bens jurídicos tutelados constitucionalmente servem apenas como instrumento voltado a limitar as hipóteses de responsabilidade penal, revelando uma face proativa do Estado, que se constitui na proteção de interesses públicos por intermédio do direito penal, tornando compulsória a criminalização de algumas condutas extremamente nocivas à sociedade e aos indivíduos que a compõem.

Existem mandados de criminalização explícitos e implícitos no sistema jurídico constitucional, que decorrem dos valores eleitos pela própria Constituição como essenciais à sobrevivência da sociedade, impondo ao legislador penal a tutela desses bens por intermédio da instituição de tipos penais específicos.⁵⁸

Contudo, a existência dos mandados de criminalização nos textos constitucionais democráticos não representa um problema para o direito penal, pois

⁵⁷ PALAZZO, Francesco C. Op. cit.

⁵⁸ A Constituição Federal brasileira prevê mandados de criminalização explícitos em seus artigos 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, 7º, inciso X, 225, § 3º e 227, § 4º.

não desvirtuam a característica dos bens jurídicos como parâmetros limitadores do poder de punir estatal.

Isso porque os próprios mandados de criminalização refletem balizas estabelecidas para o legislador penal e para o aplicador do direito quanto aos limites impostos à intervenção do direito penal nas liberdades individuais, limites estes que podem se efetivar por intermédio de mandados proibitivos ou permissivos de criminalização, explícitos ou implícitos, desde que se encontrem em consonância com os valores constitucionais eleitos, dentre os quais prevalece o da dignidade humana.

Apesar dos nítidos limites impostos ao poder de punir, conquistados historicamente a duras penas e positivados nas atuais Constituições democráticas, temos assistido nas últimas décadas uma expansão do direito penal para além de suas fronteiras teórico-dogmáticas clássicas, o que tem gerado constantes investidas político-criminais no sentido de flexibilizar princípios penais fundamentais em prol de um pretense “combate” à criminalidade, influenciando a implantação de um Estado de polícia nas democracias mundiais.

Conforme pondera Jesús-María Silva Sánchez,

isso deriva da tensão expansiva a que o Direito Penal vem sendo submetido, supostamente para que se encontre em condições de enfrentar, com êxito, missão de luta contra a criminalidade cujo incremento quantitativo e qualitativo se afirma. A partir daí, para alguns o Direito Penal estaria em uma “crise de crescimento”, à espera de sua desejável consolidação como instrumento social eficiente.⁵⁹

Para esse penalista espanhol, a referida expansão se manifesta de forma razoável em alguns casos, mas “também se dão importantes manifestações da ‘expansão desarrazoada’”.⁶⁰ O autor se refere àquelas condutas em relação às quais não se pode afirmar com certeza que são aptas a lesionar bens jurídicos relevantes, mas mesmo assim são criminalizadas como ferramenta de prevenção.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁶⁰ Idem, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

Isso revela que a

legislação expansiva, que constitui a nota distintiva fundamental de nosso tempo e algumas vezes carrega consigo o maldito Direito excepcional, colide com duas tendências igualmente claras: a que defende um Direito Penal mínimo, ressaltando a vertente garantista do Direito Penal, e a que evidencia um total ceticismo diante da eficácia preventivo-especial (ressocialização, em concreto) do mecanismo punitivo mais característico: a pena privativa de liberdade.⁶¹

Como se vê, o teórico do *direito penal de velocidades*⁶² e também adepto da teoria do bem jurídico, admite a existência de uma face sombria da propalada crise do direito penal contemporâneo, em que se busca solucionar conflitos sociais que tradicionalmente sofriam a incidência de outros ramos da ciência jurídica submetendo-os aos grilhões da sanção penal como *prima ratio*, em escancarado desprezo ao princípio da subsidiariedade.

Cornelius Prittwitz, ao analisar o tema, afirma que

esta expansão não é somente uma expansão de delitos ou de bens jurídicos que, ao que parece, desvirtuam a proteção do Direito Penal. Não, esta expansão é causada também por uma redução de princípios, de condições para a imputação objetiva e subjetiva. E este Direito Penal tem mudado, embora não sirva, todavia, para solucionar os problemas atuais sistemáticos da sociedade de risco, já não podendo tomar o papel tradicional da busca justa e exemplar pela responsabilidade individual.⁶³

Sendo assim, incompatível com realidade constitucional-democrática, ao nosso ver, revelam-se os modelos teóricos que, a pretexto de desenvolver uma dogmática voltada à construção de um *direito penal de emergência*, nitidamente simbólico e destinado a etiquetar indivíduos e grupos de pessoas (*labeling*

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação...*, p. 33.

⁶² Ao defender a ideia de um direito penal de velocidades, Jesús-María Silva Sánchez aduz que: “[...] seriam as ‘duas velocidades do Direito Penal’. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 193).

⁶³ PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. Trad. Erika Camargo Vegners. In: ESER, Albin...[et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66.

approach) e não fatos como reprováveis penalmente, em prol de uma pretensa segurança coletiva, buscam estender o Direito Criminal para além de seus limites naturais.

Nesse modelo expansionista, busca-se punir determinados indivíduos antes mesmo da ocorrência de lesão ou ameaça concreta de lesão a bens jurídicos tutelados, como forma de promoção de uma prevenção geral positiva, que utiliza o ser humano como meio para atingir o fim de coagir a coletividade de pessoas a se abster da prática de delitos.

A terceira velocidade do Direito Penal, como a classifica Jesús-María Silva Sánchez, teria a sua legitimidade justificada

se levarmos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado.⁶⁴

Essa tendência de hipertrofia do Direito Penal contemporâneo fica bem clara no denominado funcionalismo sistêmico, ao qual se filia o penalista alemão Günther Jakobs, precursor da *teoria do direito penal do inimigo*.⁶⁵

O referido professor da Universidade de Bonn sustenta que,

com o nome “inimigo” se designa a quem “não somente de uma maneira incidental em sua atitude (...), em sua forma de vida (...) ou mediante sua incorporação a uma organização (...) apartou-se em todo caso provavelmente de maneira duradoura e, nesse sentido, não garante mínima segurança cognitiva do comportamento

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 193.

⁶⁵ Cf. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. 2ª ed. Trad. Luís Callegari. Colab. Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 173: “Certamente são possíveis situações, que talvez ocorram inclusive neste momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigências se se espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente na sua apresentação externa”.

peçoal, demonstrando este déficit mediante sua conduta própria”.⁶⁶

Partindo dessa ideia de que o Direito Criminal, como parte integrante do subsistema jurídico, tem por finalidade proteger a integridade do próprio subsistema de normas e não especificamente os bens jurídicos, Günther Jakobs admite distinguir e impor tratamento penal diferenciado ao cidadão e ao inimigo, este último definido como o violador das normas jurídicas, sujeito nocivo à sociedade e ao Estado, em relação ao qual é possível flexibilizar direitos fundamentais em prol do interesse comum.⁶⁷

Jesús-María Silva Sánchez ressalta que

as características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.⁶⁸

Todavia, em seus escritos, Günther Jakobs admite que existem fortes objeções à construção teórica de um *direito penal de inimigo*, pautadas no fundamento de que não é possível despersonalizar qualquer ser humano como forma de lhe impor tratamento jurídico diferenciado, pois isso caracterizaria um atentado à dignidade que lhe é naturalmente inerente.

Essas críticas trazem a lume a pretensão do penalista *tedesco* de instituir tratamento jurídico distinto a seres humanos, alguns cidadãos e outros reduzidos à condição de seres naturais, estes tratados como mero objeto e não titulares da

⁶⁶ JAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos. In: ESER, Albin...[et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 8.

⁶⁷ Nos escritos de Jesús-María Silva Sánchez também podemos encontrar a descrição das características que identificam um indivíduo ou grupo de pessoas como *inimigo* do sistema jurídico-político de um Estado: “A transição do ‘cidadão’ ao ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 195).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 194.

plenitude de direitos fundamentais, em nítida violação à essência valorativa do princípio da igualdade, que se reflete na própria dignidade humana.⁶⁹

Willis Santiago Guerra Filho é preciso ao dissertar que

a democracia, por seu turno, representa o reconhecimento de uma igual *dignidade* em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio social. Essa dignidade não pode ser sacrificada em nome da segurança, na hipótese de um confronto entre os dois valores, o que pode ocorrer com frequência, embora a garantia de segurança seja essencial para haver respeito à dignidade humana. [...] É fácil perceber como a perspectiva material de respeito à dignidade humana, à qual se reporta a idéia democrática, requer uma concepção diferenciada do que seja “segurança”, “igualdade”, “justiça”, liberdade etc., onde o ser humano jamais pode ser tratado como o “objeto” e o “meio” de realização de qualquer desses valores, mas sim como sujeito a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade.⁷⁰

Da mesma forma, posicionando-se radicalmente contra essa tendência de desvirtuamento da dogmática penal clássica, Winfried Hassemer nos alerta que o caminho para a solução dos problemas surgidos na sociedade contemporânea não passa primordialmente pelo Direito Penal e pelo Processo Penal, e muito menos por uma nova dogmática que os afaste de suas principais fontes teórico-principiológicas.⁷¹

Esse jurista alemão afirma também que

o contrato social não comporta nenhum poder originário e usurpador. Por isso, o poder do Estado, particularmente no Direito Penal – onde se mostra de modo particularmente nítido – deve se vincular e se conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo:

⁶⁹ Cf. JAKOBS, Günther. Sobre..., p. 10: “De maior peso é a objeção, antecipada, por mim, segundo a qual o Direito Penal do inimigo não pode incluir-se, absolutamente, na categoria de Direito, já que o Direito pressupõe uma relação entre pessoas e não permitiria, em todo caso, classe alguma de despersonalização. A este respeito deve diferenciar-se o seguinte: o Direito se encontra vinculado com a coação jurídica – e não somente com a coação assistencial (*helfenden Zwang*), senão também com a coação mesma – que se impõe contra alguém – e esta coação significa hetero-administração da pessoa: ou seja, a hetero-administração despersonaliza e o faz inclusive quando sua necessidade é provocada responsabilmente pela pessoa obrigada [...] O sujeito obrigado deve fazer-se de novo – *sit venia verbo* – compatível com o Direito (*nota bene*: “fazer-se compatível”, isto é, fazer-se de forma passiva, no sentido de “deixar fazer-se”, o que significa que se faz de maneira juridicamente coativa).

⁷⁰ Op. cit., p. 155-156.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev./mar. 2003, p. 145-146.

eles o postergam. A partir daí declaram-se, por exemplo, princípios jurídico-penais como o *in dubio pro reo*, o direito ao recurso, à defesa, ao silêncio, princípio como o da subsidiariedade ou da proporcionalidade.⁷²

O referido professor da Universidade de Frankfurt nos lembra, ainda, que a sociedade pós-moderna foi edificada sob as bases desse contrato social e o Direito, nele incluído também o Direito Penal e o Direito Processual Penal, historicamente vem servindo como principal instrumento de manutenção do equilíbrio das relações sociais, pois “o Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos”.⁷³

Por derradeiro, Winfried Hassemer também destaca que

os âmbitos nos quais o moderno Direito Penal se concentra, estão todos relacionados somente indiretamente com os cidadãos e os indivíduos. Diretamente estão as instituições da sociedade e também do Estado. No moderno Direito Penal a *proteção dos bens jurídicos* torna-se a proteção das instituições.⁷⁴

Por isso, não há espaço no Estado Democrático de Direito para um direito penal de exceção, típico de conflitos bélicos (direito de guerra), pois um estado de normalidade democrática não convive com sistemas jurídicos paralelos em que se dispensa tratamentos distintos a seres humanos que comungam da mesma natureza existencial.

A solução para os problemas da sociedade contemporânea, pós-industrial e tecnológica, não passa pelo abandono dos dogmas penais clássicos, até porque estes correspondem à sua própria essência existencial e de legitimidade.

O Direito Penal na sociedade pós-moderna foi edificado sob as bases de um ideal libertário, que o resgatou de seus desvirtuamentos históricos para afastá-lo do modelo de vingança (privada, pública ou divina) e torná-lo realmente humano, não mais permitindo que retorne a ser utilizado à institucionalização da violência desmedida nas mãos daqueles que detém o poder político, pois este, em uma

⁷² Ibidem, p. 147.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 150.

democracia, é sempre transitório e deve apoiar-se nos valores humanos fundamentais.

O direito penal simbólico é um remédio ineficaz para os males que assolam a sociedade contemporânea e já apresenta um alarmante déficit de execução pelo mundo afora, tendendo, em longo prazo, a tornar-se nocivo à mesma sociedade que pretende proteger, legitimando normativamente injustiças por intermédio do principal instrumento de coerção estatal que é a pena, levando-a ao irreversível descrédito.

Winfried Hassemer prevê esses feitos e aduz que

os déficits de execução, os quais são declarados apenas como um problema quantitativo e passageiro, no moderno Direito Penal devem levar, a longo prazo, a que o Direito Penal se recolha somente em funções simbólicas e, ao final, perca as suas verdadeiras funções. Do amálgama deflagrado pela grande “necessidade de atuação” social, pela difundida crença na eficiência dos meios penais e pelo extenso déficit no uso destes meios, pode surgir o risco de que o Direito Penal se recolha na ilusão de que pode realmente solucionar os seus problemas. O Direito Penal simbólico é, a curto prazo, um paliativo, mas a longo prazo, destrutivo.⁷⁵

Por isso, não se pode admitir a flexibilização de limites impostos ao poder estatal pelos princípios e valores constitucionais penais e processuais penais, simplesmente para atender tendências punitivistas de momento e que extrapolam a própria finalidade de promoção de dignidade inerente ao Estado Democrático de Direito, independentemente da condição jurídica do sujeito de direitos, pois a manifestação do poder estatal não tem o condão de subtrair a natureza humana de qualquer indivíduo.

O mesmo alerta é feito por Winfried Hassemer, em análise às tendências atuais do Direito Criminal alemão, que refletem e respaldam o movimento mundial de desvirtuamento das ciências jurídico-criminais, para possibilitar a flexibilização de direitos fundamentais:

⁷⁵ Ibidem, p. 153.

Estas modificações são defendidas através de “reformas” no Direito Processual Penal. E, inclusive, os setores que aqui necessitam de uma reforma urgente, como, por exemplo, a prisão preventiva, não tem nenhuma possibilidade de uma defesa interessada; pelo contrário, giram em torno da aceleração e facilitação do processo, bem como de um agravamento dos instrumentos de investigação. Em resumo: o Direito penal, nos últimos tempos, tem ampliado de modo significativo suas capacidades e assim tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas.⁷⁶

Vemos com bons olhos a alternativa proposta por Winfried Hassemer, que, ao se mostrar categoricamente contra essa tendência de desnaturação do Direito Criminal para atender aos atuais anseios político-criminais, defende a estruturação dogmática de um *Direito de Intervenção*, apartado do Direito Penal e voltado à aplicação “às grandes ‘perturbações sociais’ atuais”.⁷⁷

Nas próprias palavras do citado penalista alemão,

recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levaram à modernização do Direito Penal, particularmente, por um “Direito de Intervenção”, que esteja localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos.⁷⁸

Esse “Direito ‘moderno’”, seria não só normativamente menos grave, como seria também faticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna”,⁷⁹ não incidindo sobre ele os princípios penais e processuais penais, resguardando-se o Direito Criminal das desnaturações que o vêm tornando incompatível com os valores consagrados nas Constituições dos Estados Democráticos de Direitos.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 149.

⁷⁸ Ibidem, p. 158.

⁷⁹ Idem.

3.2 Constitucionalização do processo

A força normativa e vinculante dos princípios constitucionais processuais penais típicos das constituições democráticas contemporâneas levou a uma constitucionalização do processo penal, fenômeno jurídico este que se revela na própria cláusula do *due process of law* e nas demais garantias dela decorrentes.

Ressaltando essa premissa fundamental revelada pela constitucionalização do Direito, Luís Roberto Barroso esclarece que

nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁸⁰

Deste modo, Direito Penal e Processo Penal devem, juntos, apoiar-se em princípios e valores humanos universais, concretizando juridicamente os ideais de justiça. Estão, assim, intimamente interligados e voltados ao objetivo maior de promover a dignidade humana pela via da concretização dos princípios constitucionais fundamentais.

Não obstante admitir que o Direito Processual Penal é hoje o *Direito Constitucional aplicado*, Winfried Hassemer destaca que

o papel de servidor, como tradicionalmente se tem atribuído ao Direito Processual Penal em face da concepção científico-social do Processo, atualmente tem caído em descrédito – sem razão: pois quanto a isso resta que o Direito Processual Penal elabora e organiza o cenário que o Direito Penal material necessita para efetivar-se; sem o Processo Penal não há proteção dos bens jurídicos e nem realização dos fins da pena (ou qualquer fim que se queira atribuir ao Direito Penal material), sem o Direito Processual

⁸⁰ Op. cit., p. 363.

Penal não pode haver um Processo Penal juridicamente formalizado: o Direito Processual Penal intermedia entre o Direito Penal material e o Processo Penal, ele “serve” à realização do Direito Penal material. Porém o serve à sua maneira. O que resulta disso – e quanto a isso têm razão os críticos da concepção processual tradicional – é que ele não é simplesmente o prolongamento do Direito Penal material à realidade, a um caso. Ele é um âmbito do Direito com problemas e instrumentos completamente diferentes do Direito material.⁸¹

Essa relação de complementariedade entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal reflete a natureza do *Direito Criminal Constitucional* como legitimador do poder de punir do Estado e de sua excepcional possibilidade de invasão das liberdades individuais pela via do processo e da sanção penal.

O Processo Penal, como visto, não é mera ferramenta para o exercício do direito de punir, mas sim uma verdadeira limitação deste poder-dever do Estado em matéria penal, pois impõe constitucionalmente balizas para o seu exercício, voltadas a concretizar um Direito Penal isento de abusos e condizente com os valores fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Luigi Ferrajoli, ao discorrer sobre a *Teoria do Garantismo Penal*, defende que o Direito Criminal atua como limitador do *jus puniendi* estatal e as balizas para o exercício desse poder são os princípios fundamentais de Direito Penal e Processo Penal, dentre eles o *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas).⁸²

Nesse diapasão, segue o entendimento de Aury Lopes Júnior:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias

⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 173.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).⁸³

Assim sendo, o Direito Penal pós-moderno só se concretiza por intermédio do Processo Penal Constitucional Democrático. É este, portanto, o próprio Direito Constitucional aplicado.

O Processo Penal Democrático tem por base fundamental, dentre os vários outros princípios que o informam, a garantia do devido processo legal, consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal brasileira. Tal garantia, originariamente insculpida no texto da *Magna Charta Libertatum* de 1215, encontra posição de destaque na Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁸⁴

André Ramos Tavares destaca o conteúdo da cláusula constitucional do devido processo legal, analisando os seus elementos constitutivos:

Assim, considera-se que o termo “devido” assume o sentido de algo “previsto”, “tipificado”. Mas não só. Também requer que seja justo. “Processo”, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos trâmites, formalidades, procedimentos, garantias. São as práticas do mundo jurídico em geral. “Legal”, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a Constituição como a legislação. Resumindo, nesses termos, os componentes, tem-se: “garantias previstas juridicamente”. Esse, sucintamente, o significado da expressão “devido processo legal”.⁸⁵

No âmbito do direito criminal o conceito de devido processo ganha relevo específico, levando a doutrina a cunhar terminologia própria, denominando esta garantia constitucional de *devido processo penal*.⁸⁶

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

⁸⁴ “Artigo XI, nº 1. Todo homem acusado de um ato tem direito de ser presumido 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.”

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 595.

⁸⁶ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 51-52 e TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 61-68.

Rogério Lauria Tucci esclarece que o devido processo penal especifica-se em relação à cláusula genérica do devido processo legal por conta das seguintes garantias que lhe são próprias:

- a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal;
- c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal;
- d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal.⁸⁷

É por isso que a garantia do devido processo penal, hodiernamente, apresenta dupla dimensão: é, por um lado, garantia subjetiva voltada a preservar o direito à liberdade individual e, por outro, garantia objetiva ao exercício dos direitos de ação penal e de defesa, em prol do interesse social ao justo processo.

Importante ressaltar ainda que o devido processo penal, em seu aspecto material, está ligado ao Direito Penal, garantindo que ninguém será processado senão pela prática de conduta descrita previamente em lei como delituosa, observados os princípios constitucionais limitadores e conformadores da criminalização. Por outro lado, sob o prisma do Direito Processual Penal, esse princípio vincula as atividades de persecução penal a uma série de garantias inderrogáveis previstas na Constituição e na lei processual penal.

No dizer de Alexandre de Moraes,

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁸⁸

Logo, a garantia do devido processo penal e os princípios que lhe são corolários, como o contraditório e a ampla defesa, visam legitimar a interferência

⁸⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p.66.

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

do Estado nas liberdades individuais e proteger o indivíduo e a sociedade por intermédio do acesso ao justo processo penal. Sob esse enfoque, reafirmamos que a garantia do devido processo penal tem por fulcro limitar o poder estatal face à dignidade da pessoa humana, em seu prisma de liberdade.

Assim sendo, impossível instrumentalizar tal garantia e, por conseguinte, efetivar referido direito, sem que às atividades de persecução penal se apliquem os princípios processuais fundamentais previstos constitucionalmente.

É o que também defende Fauzi Hassan Choukr:

Desta maneira, legalidade, contraditório, ampla defesa etc. não são fins em si, mas instrumentos pelos quais se alcança a tutela da integridade da pessoa humana sendo, pois, *garantias* que, por seu turno, vêm a constituir um sistema operacional que, pela sua dimensão prática, parece mais importante que os valores que o fundamentam quando, na verdade, não o é.⁸⁹

Por isso, em tempos atuais, as garantias decorrentes do devido processo penal estendem-se a todas as fases da *persecutio criminis*, pois é por meio delas que se promove o controle de acesso à Justiça Criminal, verificando a existência de elementos probatórios que possam desconstituir a presunção de inocência e justificar o recebimento de uma acusação formal contra alguém, impondo-lhe condenação criminal.

Resta, portanto, improdutiva e superada a discussão, no Estado Democrático de Direito, em relação à prevalência de sistemas inquisitivos, acusatórios ou mistos. Na verdade, vivemos hoje a realidade de um processo penal democrático, edificado sobre bases constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, o que afasta qualquer pretensão de reduzi-lo a conceitos que remetem aos séculos XVIII e XIX e nada contribuem para a sua evolução.

A instrumentalização do processo penal democrático é efetivada por intermédio de um sistema harmônico de normas constitucionais e infraconstitucionais voltadas a definir princípios, garantias e direitos processuais,

⁸⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 11.

instituir procedimentos judiciais e extrajudiciais de natureza garantista e organizar instituições e órgãos legitimados a atuar na persecução penal de forma isenta, impondo-lhes responsabilidades para com o ideal de processo justo e respeito aos direitos fundamentais.

Conforme afirma Aury Lopes Júnior,

é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.⁹⁰

Essa nova realidade jurídico-constitucional resultou, por conseguinte, na denominada *processualização do procedimento*, que, no âmbito processual penal, consubstancia-se na incidência da garantia do devido processo penal e dos princípios que lhe são corolários também na fase extrajudicial da persecução penal, inculcando natureza processual a todos os procedimentos estatais que possam resultar em limitação de direitos fundamentais, inclusive àqueles que, até então, eram tidos como procedimentos puramente administrativos.

É o que defendem André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan:

É possível a visualização de um tripé de garantias que expressam ontologicamente a cláusula do devido processo legal: a) regramento legal emanado de agências legislativas e continente de disposições intrinsecamente justas e razoáveis; b) instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas, especialmente o inquérito policial, o termo circunstanciado e o processo judicial; c) paridade de armas entre os sujeitos parciais, sendo o equilíbrio de situações entre eles o reflexo das disposições legais sobre a realidade processual.⁹¹

Nesse contexto, a investigação criminal também passa a ser abrangida pela garantia constitucional do devido processo penal, visto que disciplinada por

⁹⁰ Op. cit., p. 30.

⁹¹ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 137, abr. 2004, p. 6.

normas processuais penais de natureza constitucional e infraconstitucional e destinada a apurar fatos supostamente ilícitos, que geram reflexos diretos no *status libertatis* e no *status dignitatis* do indivíduo e no direito de punir do Estado.⁹²

Isso tudo levou à *processualização* do principal procedimento de investigação criminal existente no Brasil, qual seja: o inquérito policial. E gerou também o mesmo efeito em relação a todos os outros instrumentos legais que formalizam, excepcionalmente, esta atividade estatal persecutória extrajudicial.

3.2.1 Processo penal como garantia fundamental

No Direito Processual Penal contemporâneo todos os atores da persecução penal, mesmo aqueles que se encontraram em posições antagônicas, como a acusação e a defesa, têm por missão maior contribuir para a concretização do processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais e as normas penais e processuais penais que o legitimam.

O modelo de processo penal democrático constitucionalizado, portanto, não convive com o conceito clássico de lide, em que processo é reduzido a uma ferramenta de composição de conflitos estabelecidos entre partes tendenciosas, que objetivam desfrutar um *bem da vida* sobre o qual depositam suas pretensões.

Francesco Carnelutti define a lide como sendo o “conflito de interesses entre duas pessoas, qualificado pela pretensão de uma e a resistência da outra”⁹³, ou seja, sua existência pressupõe que aquele sobre o qual se deduz uma pretensão apresente resistência a ela, como forma de justificar a intervenção do Estado-Juiz

⁹² Essa realidade é traduzida no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, já aprovado na Casa Legislativa de origem e em trâmite na Câmara dos Deputados (atual Projeto de Lei nº 8045/2010), voltado a instituir um novo Código de Processo Penal brasileiro. O artigo 2º desse Projeto declara: “As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional”.

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Principi Del Processo Penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 43-44, tradução nossa.

na solução do conflito, substituindo este à vontade das partes pelo provimento jurisdicional.

Todavia, após passar grande parte de sua vida acadêmica defendendo a aplicação da dogmática processual civil ao processo penal, o próprio Francesco Carnelutti, em sua obra intitulada *Princípios de Processo Penal*, publicada no ano de 1960, passa a aceitar a realidade jurídica de que no processo penal não existe lide e decide retratar-se do posicionamento até então defendido, passando a sustentar que

ao contraste, que se pode admitir entre Ministério Público e imputado, responde o conceito de *controvérsia*, não o de litígio; em suma, é um contraste de opiniões em torno do mesmo interesse, que é o interesse do acusado.⁹⁴

Tanto é assim que no processo penal não se admite o chamado reconhecimento jurídico do pedido do autor, como permitido no processo civil, ou seja, não pode o suspeito da prática de um fato criminoso simplesmente aceitar a acusação que lhe é dirigida e pleitear a submissão imediata à sanção penal, visto que o direito à liberdade individual é indisponível e a garantia do devido processo penal irrenunciável.

Cabe, portanto, aos órgãos atuantes na persecução penal exercerem as suas atividades até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando então poderá ser imposta a sanção penal e suas consequências jurídicas ao indivíduo condenado definitivamente.⁹⁵

Piero Calamandrei deixa claro esse entendimento no seguinte excerto:

O processo penal não tem, de fato, o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado a respeito da existência do crime ou da medida da pena, de sorte a perder sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente composto entre os dois “litigantes”; mas tem lugar porque, em nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado só pode ocorrer mediante pronunciamento jurisdicional.⁹⁶

⁹⁴ Ibidem, p. 44, tradução nossa.

⁹⁵ Cf. Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII.

⁹⁶ Apud TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-34.

Inclusive, até mesmo o órgão acusador, que tem por mister exercer o direito de ação penal do Estado e dele, como regra, não pode dispor,⁹⁷ em casos de clara ausência de responsabilidade criminal, tem o dever jurídico de propugnar pelo arquivamento dos autos da investigação ou pela absolvição do imputado na fase judicial do devido processo penal, como forma de preservação do *status dignitatis* do indivíduo.

Isso tudo revela a impropriedade de se transpor para o direito processual penal a dogmática construída pelos precursores da teoria geral do processo, que, na verdade, revela-se como uma teoria do processo civil, não adaptável à realidade do processo penal como garantia constitucional.

Roberto Ferreira Archanjo da Silva é um dos críticos da teoria generalista e identifica o equívoco doutrinário em que incidem os seus defensores, alertando que

a leitura dos estudos de Direito Processual Penal de Francesco Carnelutti, como demonstrado, exige atenção para a evolução do pensamento, através do conjunto produzido e, principalmente, da última fase do pensamento carneluttiano expresso na obra *Princípios do processo penal*, onde faz ajustes relevantes acerca da *contenciosidade, lide e pretensão*. Isto, quiçá, tenha passado despercebido na proposta de uma teoria geral do processo englobando o processo penal.⁹⁸

Dentre os defensores da teoria geral do processo no Brasil, destacam-se Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, docentes da Universidade de São Paulo que, seguindo as lições do processualista italiano Enrico Tullio Liebman (1903-1986) – este, por sua vez, discípulo de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) e de Francesco Carnelutti (1879-1965) – passaram a defender, já na primeira edição da obra conjunta intitulada *Teoria Geral do Processo*, a ideia de lide como elemento característico essencial

⁹⁷ Exceto nas previsões legais que autorizam a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, a exemplo da Lei nº 9.099/1995 e da Lei nº 12.850/2013. A primeira reconhecendo os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, e a segunda admitindo o acordo de delação premiada, que autorizam o órgão do Ministério Público a transigir com o direito de ação penal, medidas estas de justiça penal negociada inspiradas na barganha criminal (*plea bargaining*) do Direito Penal Norte-Americano.

⁹⁸ Op. cit., p. 39.

da jurisdição civil e penal,

dando ensejo a criação de uma “nova disciplina de Teoria Geral do Processo”, com a “unificação, em uma só disciplina, dos estudos de Direito Processual Civil e Penal”, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na década de 70.⁹⁹

Contudo, até mesmo referidos autores, nas edições mais recentes da obra citada, cedendo às críticas dos processualistas penais, passaram a não mais defender de forma contundente a existência de lide no processo penal, conforme se depreende do seguinte trecho:

Quem admitir que existe a lide penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão da acusação pede absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais. Em vez de *lide penal* é preferível falar em *controvérsia penal*.¹⁰⁰

A *controvérsia penal*, portanto, diferente da essência conceitual de *lide*, não pressupõe um embate entre os sujeitos parciais da persecução penal pela busca de objetivos colidentes, mas a adoção de caminhos distintos para se atingir um mesmo destino, que é a efetivação do justo processo.

Na linha do que foi dito, podemos afirmar, apoiados no entendimento de Luigi Ferrajoli, que, com o advento dos Estados Democráticos de Direito, que inauguram um constitucionalismo de terceira geração, proativo, pautado na força normativa dos princípios constitucionais, em que o Poder Judiciário detém competência para controlar os abusos do Estado e suprir-lhe as omissões, inclusive em sede de controle de constitucionalidade, realça-se a figura das garantias processuais de terceira geração, que se concretizam nas próprias instituições que têm por missão constitucional atuar no resguardo de direitos fundamentais.¹⁰¹

⁹⁹ Ibidem, p. 21.

¹⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 152.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Na esfera penal, por expressa disposição constitucional, as instituições garantistas são o Poder Judiciário em suas várias instâncias, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia e, no Brasil, também a Polícia Judiciária, enquanto atores da persecução penal e órgãos naturais para o exercício das funções que lhes são constitucionalmente atribuídas.

O sistema processual penal democrático, acusatório por natureza – visto que a jurisdição penal não pode deflagrar-se de ofício (*nemo procedat iudex ex officio*) –, impõe a exclusividade dos órgãos constitucionalmente definidos para o exercício das funções persecutórias: o Juízo Criminal é definido como o órgão julgador natural, o Ministério Público como o órgão acusador natural, a defesa técnica, com capacidade postulatória, como o órgão defensor natural e a Polícia Judiciária, com especialização técnico-jurídica, como o órgão investigador natural.¹⁰²

No Brasil, a Polícia Judiciária constitui-se em instituição essencial à função jurisdicional do Estado, exercendo, de per si, uma atividade de natureza jurídica, compromissada com os valores constitucionais fundamentais, não se tratando de mero órgão auxiliar dos demais atores da persecução penal.

As referidas instituições garantistas tomam feição, portanto, de verdadeiras guardiãs da ordem jurídica constitucional e dos princípios fundamentais incidentes no âmbito de atuação de cada uma delas, zelando e concretizando os direitos do investigado, acusado ou réu, o direito do Estado de exercer o seu poder-dever de punir e o direito individual e social de acesso à Justiça Penal.

Existe também, nessa nova sistemática, um compromisso ético e legal dos membros que integram os referidos seguimentos de atividade com os valores e princípios fundamentais consagrados no texto constitucional, por isso a exigência de uma adequada formação jurídica para ingresso nas respectivas carreiras e para o exercício das funções que lhes são inerentes.

¹⁰² O Projeto de novo Código de Processo Penal reflete em seu texto o modelo de processo penal democrático consagrado constitucionalmente: “Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

3.2.2 Acesso à justiça penal

As principais garantias inerentes ao devido processo penal, das quais outras decorrem e se refletem por toda a persecução penal, são as da presunção de inocência, do acesso à Justiça Penal, do *juiz natural*, do tratamento paritário entre os sujeitos parciais da *persecutio criminis*, da ampla defesa, do contraditório e da motivação dos atos decisórios.

Para José Frederico Marques,

quando se fala em processo, e não em procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.¹⁰³

Sendo assim, o acesso à Justiça Penal mostra-se indispensável à instrumentalização e efetivação dos citados e de outros princípios constitucionais fundamentais, como garantia basilar à concretização de um provimento jurisdicional penal justo.

A questão que envolve o direito de acesso à Justiça se assenta na premissa constitucional da igualdade e apresenta dois pontos fulcrais: a acessibilidade econômica e a acessibilidade jurídica.¹⁰⁴

Como forma de instrumentalizar esse direito, a Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece a advocacia como função essencial à atividade jurisdicional do Estado e institui as Defensorias Públicas para a assistência aos hipossuficientes, outorgando-lhes algumas garantias de extrema relevância para o desempenho de suas atividades.¹⁰⁵

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. O art.141, § 4º da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, n. 16, dez. 1962, p. 64.

¹⁰⁴ Cf. Constituição Federal, artigo 5º, *caput*.

¹⁰⁵ Cf. Constituição Federal, artigos 133 e 134.

A garantia de acesso à Justiça decorre do resguardo constitucional que se dá ao indivíduo – e por consequência a toda a sociedade – de ser submetido a um devido processo legal, em que são garantidos a ampla defesa, o contraditório e outros princípios que lhe são corolários, tudo isso a fim de resguardar direitos fundamentais e promover a dignidade da pessoa humana.

No processo penal a garantia de acesso à Justiça se concretiza por intermédio do devido processo penal, que possibilita o exercício do direito de ação e de defesa dentro dos parâmetros constitucionais e legais e com estrito respeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, segue o entendimento de Marco Antonio Marques da Silva:

A defesa, tal como a ação, é também um direito constitucional e processualmente garantido. Desse modo, como no processo a acusação é exercida por um órgão que possui conhecimentos técnicos-jurídicos, também ao acusado deve ser proporcionada idêntica oportunidade de se ver representando em juízo por quem tenha igual formação a do órgão acusador, sob pena de violar-se o tratamento paritário que é uma imposição do princípio do devido processo legal. A Constituição Federal no art. 5º, LXXIV, prevê que o Estado prestará assistência jurídica àqueles que não disponham recursos para tanto, sob pena de violar-se a imposição do devido processo legal do tratamento paritário das partes.¹⁰⁶

Como visto, a garantia ampla de acesso à Justiça não se destina apenas àqueles economicamente desprovidos de recursos, mas a todos que, pela posição ocupada na relação jurídica, encontram-se impossibilitados de exercer plenamente, e em pé de igualdade, os direitos declarados constitucionalmente.

No Direito Penal, encontra-se nessa posição o indigitado autor de um delito que, diante do Estado e seu poder de punir, se estivesse despido de garantias fundamentais processuais penais, pouco poderia fazer para preservar a sua liberdade. Por isso a necessidade de atribuir-lhe a presunção relativa de inocência e garantir-lhe acesso ao devido processo penal, com todas as prerrogativas a ele inerentes.

¹⁰⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 20-21.

José Carlos Barbosa Moreira, ao se referir à terminologia adotada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXXIV (“assistência jurídica, integral e gratuita”), em contraponto àquela utilizada nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e Emenda Constitucional nº 1/69 (“assistência judiciária”), “afirma que a grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo ‘judiciário’, mas compreende tudo que seja ‘jurídico’”.¹⁰⁷

O dispositivo constitucional tratado pelo referido processualista revela mais um indicativo de que a Constituição Federal promoveu a denominada *processualização do procedimento*, pois estendeu as garantias decorrentes do direito de acesso à Justiça a todas as relações qualificadas pelo Direito, judiciais ou extrajudiciais, dentre elas incluída a investigação criminal.

A efetivação da garantia de acesso à Justiça também passa necessariamente pela *duração razoável do processo*, hoje prevista como direito fundamental no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, em decorrência de reforma levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O direito fundamental à *duração razoável do processo*, no aspecto processual penal, foi normatizado no direito interamericano pelo artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969)¹⁰⁸ e incorporado ao nosso ordenamento jurídico por intermédio do Decreto nº 678/1992, atingindo o status de norma constitucional já àquela época, por força do § 2º do artigo 5º da Lei Maior.

Podemos também vislumbrar a existência de uma garantia de *duração razoável da investigação criminal* decorrente daquela de duração plausível do processo. Isto porque a morosidade na condução e conclusão do procedimento

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 11.

¹⁰⁸ “Artigo 8º – Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

extrajudicial pode resultar em obstáculo ao acesso à Justiça Penal, inviabilizando o exercício do direito de ação pelo órgão acusador e do direito de defesa pelo investigado, por conta da prescrição que pode fulminar a apuração do fato e da manutenção da *espada de Dâmocles*¹⁰⁹ sobre a cabeça do suspeito por anos a fio.

Fauzi Hassan Choukr, em análise a esse tema, destaca que

na visão da garantia individual, significa impedir que o sujeito seja submetido a uma atividade de repressão criminal por um tempo além do razoável. Já sob o outro ângulo, a aceleração temporal aparece como *marketing* para uma atividade persecutória eficiente, com uma apuração célere de um fato pretensamente delituoso, fazendo crescer o grau de confiabilidade na Justiça, na medida em que a confiança tem como parâmetro a rapidez.¹¹⁰

No que tange à limitação temporal de tramitação do inquérito policial, principal instrumento formalizador da investigação criminal, o vigente Código de Processo Penal prevê em seu artigo 10, como regra, o prazo para a sua conclusão, período este que pode ser dilatado, mas não reiteradas e ilimitadas vezes, sob o fundamento de acúmulo de feitos em tramitação ou de carências estruturais da Polícia Judiciária.¹¹¹

Por isso, esse prazo razoável e suas respectivas dilações estão submetidos ao rígido controle judicial,¹¹² do qual não podem descurar-se o delegado de polícia

¹⁰⁹ O termo se refere à anedota atribuída ao filósofo romano Marco Túlio Cícero (106 a.C.-43 a.C.), que tem como protagonista um jovem da corte de Dionísio, chamado Dâmocles, a quem foi proposto pelo tirano que assumisse o seu lugar no trono por um dia para desfrutar de todos os seus prazeres. Contudo, sobre ele permaneceria dependurada uma afiada espada, presa somente por um fio de rabo de cavalo, sujeito a inesperado rompimento, o que levaria à morte de seu ocupante. Essa metáfora é utilizada para demonstrar quão penosa se revela a condição daquele que permanece submetido, muitas vezes, por uma vida inteira, ao ônus do processo, em constante ameaça de punição, o que o impede de recomeçar sua trajetória e se ressocializar.

¹¹⁰ Op. cit., p. 149.

¹¹¹ Como forma de garantir a duração razoável da investigação criminal, o novo Código de Processo Penal propõe medidas que visam imprimir maior celeridade ao trâmite do inquérito policial e, inclusive, define um prazo máximo para conclusão do procedimento, sob pena de arquivamento.

¹¹² O § 3º do artigo 10 do Código de Processo Penal é expresso no sentido da necessidade de análise judicial dos pleitos de dilação de prazo apresentados pela autoridade policial: “Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz”. Viola a referida garantia constitucional, portanto, a prática cartorária adotada em alguns juízos criminais do Brasil, que submetem os pedidos de dilação de prazo ao órgão do Ministério Público sem que ocorra a análise jurisdicional de sua relevância, declinando o magistrado de sua função constitucional de juiz de garantias da investigação criminal.

e o magistrado, sob pena de violarem a garantia constitucional de acesso à Justiça Penal.¹¹³

Sobre o tema, André Nicolitt ressalta que

este § 3º do art. 10 do CPP está em harmonia com a Constituição na medida em que cabe ao juiz fiscalizar o respeito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), garantia fundamental que se aplica no inquérito em razão das repercussões relevantes do procedimento investigatório sobre a esfera da dignidade humana.¹¹⁴

Como forma de definir regras voltadas a garantir a duração razoável da investigação criminal no processo penal brasileiro, o Projeto de novo Código de Processo Penal propõe medidas que visam imprimir maior celeridade ao trâmite do inquérito policial e, inclusive, define um prazo máximo de 720 (setecentos e vinte) dias para conclusão do procedimento, sob pena de arquivamento dos autos pelo *juiz de garantias*.¹¹⁵

Conclui-se, portanto, que o efetivo acesso à Justiça Penal pressupõe um processo garantista, célere e eficaz, que promova justiça no caso concreto, com observância das normas-princípio constitucionais fundamentais, pressupondo uma devida investigação criminal, constitucional e legalmente produzida, e que propicie segurança jurídica para início e conclusão da fase judicial da persecução penal.

¹¹³ O Superior Tribunal de Justiça, nos autos das ações de *Habeas Corpus* nº 96666/MA e nº 209406/RJ, decidiu pelo trancamento de inquéritos policiais em trâmite por cerca de sete anos, fundando-se no excesso de prazo para a conclusão das investigações.

¹¹⁴ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 202.

¹¹⁵ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigos 29, *caput*, 31, *caput* e §§ 1º a 5º, e 32, *caput* e §§ 1º e 2º.

4 DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Considerando que o foco deste estudo se assenta na fase extrajudicial da persecução penal e sua exegese face aos princípios e valores constitucionais democráticos, abordaremos agora, detidamente, a incidência das garantias processuais na investigação criminal.

A devida investigação legal, como componente do devido processo penal, pressupõe as garantias de presunção de inocência, do órgão investigador natural, imparcial e isento, do tratamento paritário dos sujeitos parciais, da prova legitimamente produzida em procedimento legal de natureza processual penal e da intervenção mínima necessária, adequada e proporcional nas liberdades individuais.¹¹⁶

A fase extrajudicial da persecução penal, destinada à apuração dos fatos delitivos e efetivada por intermédio da atividade investigativa é formalizada, como regra, no inquérito policial, procedimento este abrangido pelo conceito amplo de processo penal.

Nessa esteira segue o escólio de Hélio Tornaghi, para quem

o processo, como procedimento, inclui também o inquérito policial. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar de processo o inquérito. Deve subtender-se que a palavra não está usada para significar relação processual, a qual, em regra, se inicia pela acusação.¹¹⁷

Entendemos como acertada a construção doutrinária ora exposta, pois o devido processo penal implica em muito mais do que a efetivação de direitos e garantias fundamentais apenas na fase judicial da persecução penal. “É que a *persecutio criminis*, no direito brasileiro, compõe-se de duas fases distintas: a

¹¹⁶ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal: “Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

¹¹⁷ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1967, p. 132, tomo I.

policial e a judicial”¹¹⁸ e ambas instrumentalizam a garantia constitucional de acesso à Justiça Penal pela via do devido processo penal.

Apresenta-se, assim, graficamente, a seguinte estrutura das fases que compõem a persecução penal sob o enfoque da garantia do devido processo penal constitucional:



Nessa sistemática, a fase de investigação serve como um filtro do sistema de Justiça Criminal, limitando e viabilizando o exercício do poder de punir do Estado dentro das balizas constitucionais e legais, evitando, com isso, acusações infundadas e violações de direitos e garantias fundamentais, contribuindo para a concretização do ideal de processo justo e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan esclarecem que

o princípio constitucional do devido processo legal é vetor garantista que, numa correta acepção material, perpassa os estreitos lindes da relação judicial e se projeta, igual e necessariamente, sobre a fase inquisitiva antejudicial, tornando de cogência o respeito ao direito do indigitado em confrontar com o Estado-investigador, cuidando-se, naturalmente da adequação dos meios e formas para o exercício dessa prerrogativa defensiva sem a exclusão, ao revés com a coincidência, do interesse social.¹¹⁹

¹¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 130, v. I.

¹¹⁹ Op. cit., p. 6.

Portanto, a devida investigação criminal prévia, constitucional e legalmente produzida, revela-se como uma garantia fundamental indispensável ao preconizado justo processo penal.¹²⁰

4.1 Garantia de presunção de inocência

A presunção de inocência, estampada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, dita, como regra de suma importância, que toda pessoa é considerada inocente até decisão definitiva, proferida pelo Juízo Criminal, que reconheça a sua responsabilidade penal.

Dessa garantia decorrem os seguintes postulados: a) a restrição à liberdade do investigado ou acusado antes da sentença definitiva só é admitida a título de medida cautelar (prisões provisórias processuais); b) o indiciado ou réu não tem o dever de provar sua inocência, tampouco de produzir provas em seu desfavor (*nemo tenetur se detegere*); c) para condenar o réu o juiz deve ter convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando para absolvição a dúvida a respeito de sua culpa (*in dubio pro reo*).

Conforme esclarece Cláudio José Langroiva Pereira,

não se pode deixar de verificar que o princípio da presunção de inocência é inerente à própria dignidade humana, estando presente na atividade probatória exatamente por, também, se manifestar como elemento natural de todo o juízo de valoração que ocorre no processo.¹²¹

¹²⁰ A redação do artigo 47 do Projeto de novo Código de Processo Penal afronta essa garantia constitucional, quando propõe que “qualquer pessoa do povo poderá apresentar ao Ministério Público elementos informativos para o ajuizamento de ação penal pública, não se exigindo a investigação criminal preliminar para o seu exercício”. Essa medida suprimiria o filtro instituído constitucionalmente para o início do processo-crime, submetendo suspeitas superficiais ao crivo do Estado-Juiz, em patente violação aos princípios processuais penais constitucionais, dentre eles a presunção de inocência, ampla defesa e o contraditório, garantidos pela instrução preliminar levada a efeito no inquérito policial.

¹²¹ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 19.

Essa presunção relativa de não culpabilidade obviamente também é extensiva à investigação criminal. Isso porque na fase extrajudicial deve-se zelar pela busca da verdade material, princípio este que complementa a garantia de presunção de inocência, pois, conforme disserta Fernando da Costa Tourinho Filho, o poder de punir do Estado

só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.¹²²

Por outro lado, investigar, processar criminalmente ou até mesmo decretar prisões provisórias, ou qualquer outra medida cautelar constritiva de natureza pessoal ou real, em sede de inquérito policial ou processo judicial, não significa afronta à presunção de inocência.

O respeito obrigatório ao princípio da não culpabilidade aplica-se ao inquérito policial, mas não o impede, o que mais uma vez denota ter o procedimento investigatório, modernamente, tomado feições de instrumento garantidor de direitos fundamentais, limitando o *jus puniendi* estatal, característica também marcante do processo-crime, ambos concretizando a garantia ampla do devido processo penal.

4.2 Princípio do órgão investigador natural

O princípio do órgão investigador natural, corolário do princípio do devido processo penal, é uma garantia constitucional fundamental que consiste no direito do indivíduo suspeito da prática de um delito de ser investigado por um órgão previamente definido na Constituição Federal, isento e imparcial, vinculado à estrita observância das normas penais e processuais penais, constitucionais e infraconstitucionais.

¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58-59, v. 1.

Para Cezar Roberto Bitencourt,

é direito do cidadão e da sociedade saber, com antecedência, a quem incumbe investigar determinada infração penal, respaldado pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais. Esse direito é decorrência natural da segurança jurídica, que deve ser preservada nos Estados democráticos de Direito.¹²³

No direito comparado, verificamos a adoção de diferentes modelos de investigação criminal, algumas destas dirigidas pela Polícia Judiciária, outras pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, variando a atuação deste último órgão nos diversos sistemas, algumas vezes exercendo a atividade de mero auxiliar do juiz instrutor e em outros casos assumindo a posição de titular da instrução preliminar.¹²⁴

A maioria dos países europeus migrou do sistema de juiz instrutor para o sistema em que o *parquet* preside as investigações, como sucedeu na Alemanha, no ano de 1974, na Itália, em 1988 e em Portugal, em 1995.

O movimento pela adoção do *promotor investigador* na Europa não foi motivado pela maior eficiência desse modelo em relação ao Juízo de Instrução ou à exclusividade da investigação pela Polícia Judiciária, mas sim pela necessidade de se afastar o magistrado das funções de investigar e acusar, adequando a nova sistemática à tradição daqueles países de concentrarem atribuições nas mãos do Poder Executivo central, já que seus Ministérios Públicos, na maioria dos casos, estão vinculados aos Ministérios do Interior ou da Justiça e os órgãos policiais nem sempre.

Inspirada no sistema francês, a Alemanha criou o seu Ministério Público no final do século XIX, com a função de procurador do Rei prussiano e direcionado a controlar juízes e tribunais. Hoje o *parquet* alemão é um órgão do Poder Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça e subordinado hierarquicamente ao seu chefe.¹²⁵

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. In: *Ensaios sobre a atividade policial*. Revista Criminal, ano 5, vol. 15, set.-dez. 2011, p. 28.

¹²⁴ Sobre a presidência da investigação criminal no direito comparado, cf. Fauzi Hassan Choukr, op. cit., p. 43-75.

¹²⁵ PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. Trad. José Raimundo Leite Filho. In: ESER, Albin...[et al].

Como visto, o Ministério Público *tedesco* estrutura-se “como um órgão hierarquicamente ordenado, cujos membros devem acatar as ordens do seu superior quando se referem ao serviço”.¹²⁶ Sendo assim, “deduz-se que a organização do Ministério Público na Alemanha segue os princípios da unidade e da dependência hierárquica [...]”¹²⁷ e “o procurador é um funcionário que carece da nota da independência judicial, dependendo do Ministro da Justiça, e não do Ministro do Interior (do qual depende a polícia)”.¹²⁸

Além disso, no modelo alemão, “por não existir juiz de instrução, o acusador privado, para ajuizar a ação, tem que levar a cabo toda a investigação, o que, na prática, resulta inviável”.¹²⁹ Por outro lado, “a Polícia pode iniciar o procedimento de investigação da mesma forma que o Ministério Público. Trata-se de competência compartilhada”.¹³⁰

O modelo italiano, por sua vez, apresenta uma investigação preliminar estruturada de forma semelhante ao inquérito policial brasileiro. Contudo, o Ministério Público figura como dirigente da investigação criminal, atuando a Polícia Judiciária sob a sua coordenação direta e o Juízo de garantias como guardião das liberdades individuais na fase prévia à judicial.

Vale ressaltar que dentro da estrutura estatal italiana os membros do *parquet* compõem a mesma carreira dos magistrados, optando, em determinado momento da vida pública, pela atuação como órgão acusador, o que os aproxima da figura do juiz de instrução designado do direito francês.

No sistema jurídico peninsular europeu foi instituída também a denominada “investigação do defensor”, por intermédio da Lei nº 479, de 16 de dezembro de 1999, sendo introduzidas posteriormente no código de ritos italiano, através da Lei nº 397, de 07 de dezembro de 2000,

Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 67-68.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 70

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 71.

disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao Advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido [...]. Tal tarefa, não adstrita a ritos ou formas, pode ser desenvolvida em qualquer fase ou grau da persecução penal ou, ainda, em caráter meramente preventivo, isto é, diante da possibilidade de instrução de eventual procedimento criminal.¹³¹

Em Portugal segue-se o mesmo caminho do modelo italiano, cabendo à magistratura do Ministério Público presidir a investigação criminal, pois é considerada sua destinatária exclusiva. A presença da Polícia Judiciária na fase preliminar não é afastada pelo modelo lusitano, valendo-se os magistrados do Ministério Público de seu auxílio direto para a realização dessa importante atividade.

No sistema espanhol a investigação também é dirigida por órgãos jurisdicionais, com a peculiaridade de que a atividade executada pela Polícia Judicial é acompanhada pelo chamado Ministério Público Fiscal, que ocupa papel de destaque na fase extraprocessual, podendo seus membros requererem diligências ao Juiz Instrutor e até mesmo realizá-las pessoalmente, desde que autorizados pela legislação processual penal.

Na França, apesar das constantes investidas promovidas pelo Ministério Público com a finalidade de assumir a presidência da investigação criminal, ainda vigoram os Juízos de Instrução, em que os magistrados exercem essa atividade por tempo limitado, inicialmente por três anos, prorrogáveis por igual período.

Com o passar do tempo, o Juízo de Instrução francês também foi cedendo espaço à atuação da Polícia Judiciária e hoje a execução dessa atribuição pelos magistrados é dependente das atividades da polícia.

Na Inglaterra, país cujo Direito possui raízes anglo-saxônicas, a investigação preliminar é conduzida com exclusividade pela Polícia Judiciária que,

¹³¹ AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. Op. cit., p. 7.

inclusive, pode dar início à ação penal, posteriormente conduzida pelo órgão acusador, ou determinar o arquivamento dos autos da apuração preliminar.

Na terra da Rainha,

o Ministério Público é de criação recentíssima, eis que somente em 1985 foi criado o Serviço de Persecução da Coroa, com espectro de atuação bastante restrito, haja vista imperar naquele país um “sistema processual penal de iniciativa privada, em virtude da possibilidade da ação penal ser ajuizada por atuação da vítima ou de qualquer cidadão”. Na prática, cabe à polícia que investiga o dever de, na sequência, promover a ação penal em juízo, com a assistência jurídica de um advogado (“solicitador”). Nesse sistema, pouco conhecido e estudado por nós, da mesma forma como o “solicitador” da polícia busca provas para apresentação em Juízo, igualmente o “solicitador” da defesa colhe os elementos favoráveis ao seu cliente.¹³²

Como visto, em nenhum dos modelos europeus apresentados tornou-se possível afastar a Polícia Judiciária do exercício da atividade investigatória, guardando os órgãos a que foi outorgada a direção da fase extrajudicial estreito vínculo de dependência com a atividade policial, sem a qual não se torna viável desempenhar eficazmente a persecução penal.

Um dos maiores problemas da investigação criminal a cargo do Ministério Público é que, além de investigar, este órgão pode transformar a fase extrajudicial em uma atividade puramente voltada à acusação, com gravíssimos prejuízos aos direitos fundamentais do investigado e geradora de desigualdade entre os sujeitos parciais da *persecutio criminis*.

É o que também defende Marco Antonio Marques da Silva:

O Ministério Público, como parte que é na ação penal, exercendo funções inquisitoriais, em procedimento administrativo próprio, criaria disparidade no tratamento jurídico legal das partes, implicando no afastamento de qualquer caráter impessoal da investigação, circunstância repulsiva ao Estado Democrático de Direito no Brasil.¹³³

¹³² Ibidem, p. 4-5.

¹³³ SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e Produção de Provas nos Limites Constitucionais. In: *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 481.

Não nos descuramos da relevante função de *custos legis* desempenhada modernamente pelo Ministério Público, que o coloca, acima de tudo, na nobre condição de guardião da correta aplicação da lei. Contudo, não se pode esquecer que o *parquet* é hoje o titular exclusivo da ação penal pública na maioria dos países de cultura ocidental, ganhando destaque no sistema acusatório de Justiça Criminal.

Sendo assim, salutar se revela, no processo penal, enxergar o Ministério Público como sujeito parcial que realmente é, mantendo-o afastado da condução da investigação criminal, tendo em vista a natureza imparcial da primeira fase da *persecutio criminis* no sistema acusatório vigente, evitando, com isso, o desequilíbrio entre os sujeitos processuais e o prejuízo à efetivação do justo processo.

No sistema jurídico brasileiro – a despeito dos modelos europeus citados e suas destacadas imperfeições – a Polícia Judiciária (Federal e Cível dos Estados e do Distrito Federal) é, como regra, a instituição estatal responsável pela investigação criminal e a ela é garantida a atribuição para a prática de atos de polícia judiciária.¹³⁴

Como exceção à regra da investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, o nosso sistema jurídico constitucional prevê hipóteses taxativas de investigações extraordinárias que, por se tratarem de situações excepcionais, decorrem de disposições expressas na Constituição Federal ou de garantias nela consagradas e consolidadas em normas infraconstitucionais.

É o caso da investigação realizada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, deflagrada no âmbito do Poder Legislativo para investigar fatos específicos e por prazo determinado, atividade que é regulada pela Lei nº 1.579/1952. Essas Comissões gozam de poderes próprios de polícia judiciária para consecução das atividades apuratórias que, após concluídas, têm o seu produto

¹³⁴ Cf. Constituição Federal, artigo 144, §§ 1º e 4º.

final encaminhado ao Ministério Público, “para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.¹³⁵

Também é admitida no sistema jurídico constitucional pátrio a instauração, pelos Tribunais, de procedimento voltado a investigar magistrados suspeitos da prática de delitos. Essa hipótese de investigação é prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹³⁶ e se trata de uma prerrogativa legal do magistrado de ser investigado pelo Tribunal ao qual está vinculado, como forma de garantir a independência do Poder Judiciário, prevista constitucionalmente.

Ressalte-se que o Tribunal, conduzindo o feito, valer-se-á do auxílio da Polícia Judiciária para realizar as diligências necessárias à busca da verdade e deverá observar as normas processuais penais que disciplinam a atividade de investigação criminal.

O inquérito em que figurem como investigados membros do Ministério Público será conduzido pela própria instituição, conforme dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.¹³⁷ Isso porque ao *parquet* foi garantida constitucionalmente a autonomia funcional, o que se busca preservar com a prerrogativa de investigar seus próprios membros, claro que com a observância das normas processuais penais relativas à primeira fase da persecução penal.¹³⁸

Essa última hipótese abordada é a única prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro em que o Ministério Público está autorizado a realizar investigação criminal. Isso porque, neste caso, a Procuradoria-Geral é colocada na condição de órgão investigador imparcial e não na posição de acusador, devendo atuar com total isenção na busca da verdade em relação ao fato imputado ao membro do *parquet*.

Apesar da clareza do tema visto sob o enfoque constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente no sentido da possibilidade de o Ministério

¹³⁵ Cf. Constituição Federal, artigo 58, § 3º.

¹³⁶ Cf. Lei Complementar nº 35/1979, artigo 33, parágrafo único.

¹³⁷ Cf. Lei nº 8.625/93, artigo 41, parágrafo único.

¹³⁸ Cf. Constituição Federal, artigo 127, § 2º.

Público realizar investigação criminal diretamente, de forma unilateral, a despeito da garantia fundamental de igualdade das partes, essencial em um modelo de processo penal democrático como o brasileiro.¹³⁹

Decidindo dessa forma, a Corte Suprema atentou contra os valores eleitos constitucionalmente e contra a própria democracia, pois esta pressupõe, em um Estado Democrático de Direito, um processo dialético de concretização de justiça, pautado na legalidade e na garantia de equilíbrio entre os sujeitos parciais em todas as fases da persecução penal.

Verifica-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal inovou o sistema jurídico processual penal de forma contrária ao próprio texto da Constituição Federal e aos seus princípios e valores fundamentais, violando as *regras do jogo*, decisão nitidamente antidemocrática, materialmente inconstitucional e atentatória à segurança jurídica e à própria dignidade humana.

Essa constatação foi feita, inclusive, pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, no corpo de seu voto-vista proferido nos autos do referido Recurso Extraordinário, nos seguintes termos:

A má estruturação de algumas polícias e os desvios de condutas que possam existir nos quadros policiais não legitimam, no contexto jurídico, as investigações do Ministério Público. O Judiciário vem, ao longo do tempo, evoluindo, para proporcionar tutela jurídica adequada. No entanto, as interpretações implementadas apenas são cabíveis quando há espaço normativo para tanto, sob pena de virem à balha decisões judiciais como opções puramente subjetivas

¹³⁹ Cf. Recurso Extraordinário nº 593727/MG: “O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição” (STF, RE nº 593727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe nº 175, 04.09.2015).

dos julgadores, sem respaldo no arcabouço jurídico pátrio, contrariando regra constitucional expressa. Há de haver a autocontenção. Nunca é demais lembrar que a atuação judicante é vinculada ao Direito posto e que a Lei das leis submete a todos indistintamente.¹⁴⁰

Deixou, portanto, Supremo Tribunal Federal, com esse julgado, uma porta aberta para que adentre ao sistema processual penal brasileiro a investigação defensiva,¹⁴¹ acolhida em países como a Inglaterra e Itália, pois essa possibilidade, a despeito da ausência de previsão legal, objetivaria

socorrer ao defensor o dogma sagrado constitucional da isonomia: os mesmos Juízes, complacentes com a investigação extralegal do Ministério Público na proteção da “sociedade”, não poderiam, pena de ofensa à “uguaglianza delle armi”, obstar a ação simétrica do Advogado criminalista na defesa, não menos nobre, daquele que, constitucionalmente, é presumido não-culpado.¹⁴²

Prosseguindo no tema, destacamos a derradeira hipótese de exceção em relação à investigação policial judiciária. É aquela de apuração dos crimes militares próprios e impróprios, tipificados no Código Penal Militar, que são investigados pelos próprios órgãos militares, por intermédio de um inquérito militar cujo trâmite é regido pelo Código de Processo Penal Militar.¹⁴³

Esses inquéritos militares são presididos por oficiais designados eventualmente para desenvolver atividades de investigação, deslocados de suas funções militares típicas, e não são necessariamente bacharéis em Direito. Não existe, portanto, uma polícia judiciária militar como instituição, nem tampouco autoridades policiais militares de carreira, mas sim militares que exercem funções de polícia judiciária atipicamente e em auxílio à Justiça Militar.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Há uma tendência de adoção dessa sistemática no Brasil, como forma de reforçar a garantia de igualdade dos sujeitos parciais no processo penal. É o que verificamos na redação do artigo 13 do Projeto de novo Código de Processo Penal, especialmente em seu § 2º, que utiliza expressamente a terminologia investigação defensiva: “§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento”.

¹⁴² AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. Op. cit., p. 8.

¹⁴³ Cf. Constituição Federal, artigo 144, § 4º, parte final.

Como visto, o princípio do órgão investigador natural impõe a observância estrita das competências constitucionais e legais atribuídas às instituições autorizadas a realizar a investigação criminal.

Somente a Polícia Judiciária, como regra, e excepcionalmente os demais órgãos autorizados pela Constituição Federal, conforme vimos em linhas anteriores, estão legitimados a realizar investigações criminais, com rígida observância das garantias inerentes à legítima investigação e às normas penais e processuais penais que a regulam, respeitando e garantindo os direitos fundamentais do investigado.

Importante destacar que qualquer tipo de investigação anômala, realizada por órgão não legitimado constitucionalmente, eiva de ilicitude toda a prova produzida em inobservância à garantia do devido processo penal, não podendo o procedimento inconstitucional e ilícito fundamentar qualquer acusação ou até mesmo condenação ou absolvição de alguém, além de impor a responsabilização criminal daquele que ilicitamente usurpou funções e atentou contra as liberdades individuais.

Isso porque o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, veda a admissão no processo das provas obtidas por meios ilícitos, conceito este que abrange a ilicitude em sentido estrito (provas materialmente ilícitas) e a ilegitimidade (provas processualmente ilícitas), sendo esta última a característica da prova produzida em desacordo com as normas que disciplinam a devida investigação criminal constitucional.

Não se pode, a qualquer preço e a pretexto de “combater a criminalidade”, subverter a ordem constitucional democrática, colocando por terra todos os princípios e valores civilizatórios conquistados pela sociedade contemporânea, regredindo o processo penal à barbárie.

Klaus Bodemer, quando se refere à tendência do seguimento político e social latino-americano de defender a importação de milagrosos modelos adotados em nações desenvolvidas e nada condizentes com a realidade de nosso continente, explana que

é necessária uma política integral de segurança cidadã, cujas bases essenciais deveriam ser a igualdade de acesso ao sistema judicial para todos os cidadãos, a consecução de um equilíbrio entre as demandas legítimas de proteção social e o respeito das garantias fundamentais para todos os cidadãos, incluídos os réus, a incorporação das vítimas no tratamento das questões penais, a educação pública gratuita, o fortalecimento da participação da sociedade civil e a vinculação da segurança cidadã com estratégias de desenvolvimento social. Estratégias deste tipo provocarão, seguramente, resistências provenientes tanto da polícia e do setor judicial como também do âmbito político, e terão que contrariar o fato de que, na maioria dos países da região, a sociedade civil não está preparada para enfrentar o tema e costuma demandar panaceias universais. Finalmente, é necessário advertir a respeito do perigo de transferir modelos e esquemas estrangeiros sem ter um conhecimento cabal de sua justificativa e pressupostos básicos, suas condições de aplicabilidade e as avaliações de seus alcances.¹⁴⁴

Sábio e democrático é o sistema que impõe limites ao poder estatal por intermédio de controles mútuos entre os órgãos que atuam na Justiça Criminal. Esta, indubitavelmente, é a grande qualidade do modelo de processo penal brasileiro, que vem sendo submetido a constantes e importantes aprimoramentos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que o tem mantido afastado de modelos alienígenas que não refletem a realidade cultural de nosso país e não propiciarão resposta adequada à nossa sociedade.

4.3 Igualdade das partes na investigação criminal

Para a concretização do direito de acesso ao justo processo penal, faz-se necessária, ainda, a observância do princípio da igualdade das partes na relação jurídica processual estabelecida entre o Estado e o indivíduo. Não se pode mais admitir, com base no ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de

¹⁴⁴ BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. Trad. Cleopas Isaías Santos. In: ESER, Albin... [et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 282.

1988, cujo processo toma feição eminentemente democrática, a existência de disparidade de tratamento entre os sujeitos parciais da *persecutio criminis*.

Conforme defende Luigi Ferrajoli,

para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado ou grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.¹⁴⁵

Nesse sentido, há necessidade de se colocar todos aqueles que defendem interesses contrapostos em pé de igualdade durante todo o devido processo penal, não podendo mais existir supremacia do órgão acusador em detrimento da defesa, o que coloca em risco iminente o *status libertatis* do indivíduo e põe por terra todas as demais garantias constitucionais instituídas.

Sustenta-se, contudo, que o tratamento paritário não se estenderia à investigação criminal, pois o procedimento que a formaliza não estaria a encerrar acusação alguma, tratando-se de fase *pré-processual* cuja *inquisitividade* seria o seu cerne, o que afastaria a necessidade de se estabelecer igualdade de oportunidades entre o órgão acusador e a defesa.

Contudo, é patente e nos salta aos olhos a contraposição de interesses processuais existente entre o Ministério Público e o investigado e sua defesa técnica durante a apuração extrajudicial da materialidade e autoria delitivas, o que impõe igual oportunidade de participação destes sujeitos processuais também na fase de instrução preliminar.

Marco Antonio Marques da Silva destaca que

o contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 565.

processual como equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente. É, portanto, componente essencial do *due process of law*, aplicando-se a todo e qualquer processo, entendido o termo como série de atos com a qual se pretende fundamentar uma decisão, seja judicial ou administrativa.¹⁴⁶

Portanto, mesmo que não haja acusação na investigação criminal, faz ela parte do conceito amplo de devido processo penal e a sua deflagração revela-se como um gravame muito pesado para o indivíduo, podendo levá-lo ao indiciamento, à acusação formal no processo-crime e até mesmo constituir provas não renováveis que possam fundamentar a sua condenação.

Não cabe sustentar, assim, por descabido, tratar o suspeito em sede de inquérito policial como mero objeto de investigação, pois, em um Estado Democrático de Direito todo ser humano é titular de direitos fundamentais, independentemente de sua condição jurídica, afastando-se assim concepções construídas sob a égide de regimes políticos de exceção que impingiam *inquisitividade* absoluta à investigação criminal.¹⁴⁷

Como bem assevera Giuseppe Bettiol,¹⁴⁸ “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do réu, por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade”.

Admitida a máxima do penalista italiano como norte para orientar o magistrado durante a fase judicial da persecução penal, mostra-se pertinente também a sua acolhida na fase preliminar de investigação criminal, menos no sentido de pender a balança para o lado de quaisquer dos sujeitos parciais, mas sim como forma de garantir a plena igualdade durante a tramitação do procedimento que formaliza a devida investigação legal.

¹⁴⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade..., p. 481-482.

¹⁴⁷ Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhe a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial” (HC 73.271, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.1999, p. 25).

¹⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 295.

5 POLÍCIA JUDICIÁRIA

A Polícia Judiciária é o órgão investigador natural por excelência e constitui-se em uma instituição permanente que compõe o aparato estatal de Justiça Criminal, essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, conforme se depreende da própria sistemática processual penal instituída pela Constituição Federal de 1988 e, por simetria, de textos expressos inseridos nas Constitucionais de alguns Estados da Federação brasileira.¹⁴⁹

A Constituição Federal delegou à Polícia Federal e às Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal, órgãos hoje ligados ao Poder Executivo, funções de polícia judiciária, dentre as quais se encontra inserida aquela de realizar a investigação criminal.¹⁵⁰

Revela-se *sui generis* no Brasil a vinculação administrativa e financeira da Polícia Judiciária ao Poder Executivo, mesmo sendo a Justiça Criminal a destinatária final das principais atividades por ela desenvolvidas.

Essa anomalia sistêmica ocorreu no transcorrer da história do Estado brasileiro, em sua transição do regime monárquico para o republicano, quando a Polícia Judiciária, dirigida até então por magistrados, passou a se vincular diretamente ao Poder Executivo, em patente confusão de funções com as polícias administrativas de segurança.¹⁵¹

¹⁴⁹ A Constituição do Estado de São Paulo dispõe: “Art. 140. À Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegados de polícia de carreira, bacharéis em Direito, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. [...] § 2º No desempenho da atividade de polícia judiciária, instrumental à propositura de ações penais, a Polícia Civil exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica”.

¹⁵⁰ Cf. Constituição Federal, artigo 144, §§ 1º e 4º.

¹⁵¹ O Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, voltado a instrumentalizar a execução das atividades de polícia judiciária definidas no artigo 3º da Lei nº 261/1841 (dentre elas a de realizar julgamentos), instituiu no Brasil Império a direção da Polícia Judiciária por Desembargadores ou Juizes de Direito, estes últimos desde que contassem com três anos de exercício de atividade jurisdicional, em que tivessem demonstrado “desinteresse, actividade e intelligência” (artigo 21).

Essa situação foi agravada pelas instabilidades políticas que se sucederam, quando foram colocadas em cheque a autonomia e a harmonia dos Poderes da República, resultando em exacerbada concentração de poderes nas mãos dos Chefes do Poder Executivo que, por conveniência do próprio regime vigente, mantiveram a Polícia Judiciária sob sua subordinação para, discricionariamente, decidirem quais casos chegariam ao Poder Judiciário e quais deveriam permanecer afastados do Estado-Juiz.

Fazemos referência ao *Estado Novo* (1937-1945), regime inaugurado no Brasil por Getúlio Vargas que perdurou durante a segunda grande guerra mundial e tinha como características marcantes a concentração de poder no governo central e o autoritarismo. Estas características foram as mesmas do regime castrense subsequente, iniciado com o golpe militar de 1964, levado a efeito após dezenove anos de vigência de uma frágil democracia no país, e que passou por diversas crises políticas.

Esse último regime ditatorial perdurou até a promulgação da Constituição Democrática de 1988, tendo a Polícia Judiciária, durante esse período obscuro, sofrido os reflexos nefastos de sua submissão política aos governantes militares e aos seus aliados e simpatizantes.

Visto isso, verifica-se que o posicionamento topográfico em que foi mantida a instituição Polícia Judiciária no texto constitucional não é o mais adequado. É que, atuando seus órgãos na persecução penal e auxiliando diretamente o Poder Judiciário, deveria figurar dentre as instituições que desempenham funções essenciais à Justiça, no capítulo reservado a elas pela Constituição Federal.

Hoje a instituição Polícia Judiciária encontra assento constitucional no Capítulo III do Título V da Carta Magna, este último intitulado “Da Defesa Do Estado e das Instituições Democráticas”, em que se disciplina o estado de defesa e o

estado de sítio, regras sobre as forças armadas e demais órgãos de manutenção da integridade nacional e da segurança pública.¹⁵²

A Polícia Judiciária desempenha funções primordiais à promoção do devido processo penal e não atividades de segurança pública imediata, exercendo uma forma de repressão criminal mediata guiada pelos princípios constitucionais processuais penais, gozando seus membros de independência funcional para a consecução de suas atividades.

A Polícia Federal e as Polícias Civas dos Estados e do Distrito Federal, apesar de vinculadas administrativamente ao Poder Executivo e dele dependerem financeira e estruturalmente, não se subordinam a este Poder funcionalmente, no que diz respeito à investigação criminal e demais atos de polícia judiciária, que são realizados com autonomia funcional e guiados exclusivamente pelo Direito.

Não se nega aqui que a Polícia Judiciária exerce importante papel na prevenção criminal, mas nem por isso se coloca na condição de órgão de segurança pública, porque não lhe é afeita a missão de manter e restabelecer a ordem de forma imediata, mas sim promover uma prevenção criminal indireta, decorrente da própria concretização das normas penais e processuais penais, assim como ocorre com todas as demais instituições que atuam na Justiça Criminal.

O art. 144, § 4º, da Constituição Federal utiliza a designação *polícia civil* quando trata da Polícia Judiciária estadual, o que denota o equívoco do poder constituinte originário em manter apego ao modelo arcaico de divisão de órgãos policiais em militares e civis, forjado durante a vigência dos regimes ditatoriais.

Não mais prospera essa divisão conceitual no Estado Democrático de Direito, pois hoje os órgãos que desempenham funções tipicamente militares de manutenção da integridade do território e manutenção da ordem pública (forças armadas militares federais e estaduais), zelando pela defesa do Estado e das

¹⁵² A Polícia Judiciária não deve ter as suas funções confundidas com as dos órgãos típicos de segurança pública, por isso ideal figurar no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, sob a rubrica de função essencial à Justiça, ao lado de instituições como o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública.

instituições democráticas, em nada se confundem com aqueles que auxiliam diretamente na administração da Justiça, revelando-se inadequada a utilização da terminologia *polícia civil* como se estivesse a designar a banda desmilitarizada dos órgãos citados, desempenhando as mesmas funções a eles afeitas, o que se mostra um contrassenso.

As instituições voltadas precipuamente à manutenção da ordem pública, agindo de forma preventiva imediata e ostensiva, são componentes da estrutura de segurança pública do Estado, exercem o poder de polícia administrativa e devem realmente ser tratadas em capítulo específico do texto constitucional, a exemplo do que já ocorre com as Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais, Militares dos Estados e Guardas Municipais.¹⁵³

Inclusive, oportuno ressaltar que não encontra amparo no núcleo principiológico da Constituição a existência de órgãos militares exercendo funções de natureza civil. A atividade de polícia administrativa de segurança não se coaduna com instituições castrenses, pois estas são concebidas e estruturadas com base em uma filosofia de combate ao “inimigo”, em situações de conflitos bélicos declarados, o que é inconcebível em um estado de normalidade democrática.

Klaus Bodemer, em estudo direcionado à análise do fenômeno da violência e da insegurança na América Latina, disserta:

Os policiais latino-americanos são normalmente mal remunerados, são frequentemente acessíveis à corrupção, são em parte, como no México, cooptados por cartéis de drogas e vão, às vezes, mais além de seu mandato, com medidas de “limpeza social”. Pode-se mencionar, como exemplos, as matanças sistemáticas de meninos de rua, ocorridas no Rio de Janeiro e Tegucigalpa, a capital de Honduras. A polícia mostra, em alguns países, ademais, sintomas de comportamento autocrático, uma herança dos anos de ditadura, nos quais as forças policiais foram utilizadas pelo poder público para a supressão dos chamados “elementos subversivos”. [...] No Brasil, formam-se “esquadrões da morte” dentro da polícia. Estes atuam, não só encobertos, mas também evitam a luz da publicidade.¹⁵⁴

¹⁵³ Cf. Constituição Federal, artigo 144, §§ 2º, 3º, 5º e 8º.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 265-266.

Como visto, as instituições policiais de cunho militar – típica herança das ditaduras militares instaladas nos países Latino-Americanos – são facilmente manipuláveis e suscetíveis à prática de excessos, pois à tropa é imposta uma doutrina de cumprimento incontestável das ordens hierarquicamente superiores e dos regulamentos internos, por vezes incompatíveis com os valores consagrados no ordenamento jurídico-constitucional democrático.

Por outro lado, os órgãos de polícia administrativa de segurança, típicos componentes da estrutura do Poder Executivo e a ele subordinados administrativa e funcionalmente, têm suas atividades regidas por normas de natureza administrativa e servem como ferramentas para a consecução de políticas públicas de segurança ditadas pelo Chefe do referido Poder.

A incompatibilidade dos órgãos de polícia administrativa de segurança com as atividades de polícia judiciária é denunciada por Luigi Ferrajoli:

O que de fato distingue o costume policialesco daquele judiciário e justifica a separação de funções é um conjunto de diferenciações que fazem da polícia uma função político-administrativa, pragmaticamente informada pela prioridade do resultado em relação aos meios de alcançá-lo, os quais, ao invés, são prioritários na atividade judiciária [...] os aparatos policiais, especialmente na Itália, onde exercitam promiscuamente funções de polícia judiciária e de ordem pública, têm como tarefa primária a segurança coletiva contra delitos futuros mais do que a justiça dos casos individuais e passados; e seguem portanto estratégias flexíveis e mutáveis, não subordinadas aos rígidos vínculos legais e procedimentais que devem presidir a verificação judicial dos crimes.¹⁵⁵

Essas linhas da lavra do jurista italiano esclarecem a diversidade dos objetivos buscados pelas atividades de polícia judiciária e de polícia administrativa preventiva de segurança: a primeira tem por escopo promover justiça penal no caso concreto, por intermédio da devida investigação legal, enquanto a segunda busca a manutenção da ordem pública “construindo profissionalmente as suas funções como ‘luta’ contra a delinquência, e tendo desta maneira a tendência de considerar todos os suspeitos como culpados e inimigos”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 762-763.

¹⁵⁶ *Idem*.

Sabemos que no Brasil todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem legislar sobre Direito Administrativo para instrumentalizar o exercício de suas competências previstas nos artigos 23, 24 e 30 da Constituição Federal. Da competência para legislar decorre também aquela de editar atos normativos executivos e regulamentares, nas diversas esferas da Administração Pública, viabilizando a concretização da vontade do legislador e a consecução do interesse público.

Por outro lado, legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal é competência exclusiva da União, o que torna o Direito Criminal brasileiro uniforme em todo o território nacional.¹⁵⁷

Não podem, assim, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarem a forma como o Estado brasileiro exercerá o seu direito de punir em matéria penal, por intermédio de quais instituições e como se desenvolverá o devido processo penal.

Portanto, é vedado às leis e aos atos normativos de natureza Administrativa autorizarem a interferência nas liberdades individuais fora da órbita das funções de prevenção de ilícitos e manutenção da ordem pública.

Qualquer norma de natureza diversa da penal ou da processual penal, de qualquer esfera federativa, que atribua às polícias administrativas de segurança funções típicas de instituições que atuam na *persecutio criminis* é nitidamente inconstitucional, por ferir a garantia do devido processo penal.

Por esses motivos, não podem os órgãos de polícia administrativa de segurança imiscuírem-se na persecução penal, pois não estão legitimados pela Constituição Federal e pela lei federal a exercerem o poder de polícia judiciária, pois este é regulado estritamente por normas de natureza processual penal e atribuído à Polícia Judiciária e ao próprio Juízo Criminal.

¹⁵⁷ Cf. Constituição Federal, artigo 22, inciso I.

A única instituição a quem foram outorgados constitucionalmente os poderes de polícia judiciária e de polícia administrativa de segurança é a Polícia Federal, visto que o constituinte originário definiu como suas funções a de conduzir a investigação criminal, como exclusiva Polícia Judiciária da União, e a de realizar as atividades de polícia preventiva de fronteiras, portos e aeroportos, conforme dispõem os incisos I e IV do § 1º do artigo 144 da Constituição Federal.

A Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo havia atribuído à Polícia Civil, no final dos anos 1970, além das funções de polícia judiciária também o exercício da *polícia administrativa e preventiva especializada*,¹⁵⁸ texto este que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em decorrência da inquestionável clareza da opção do constituinte originário em atribuir as funções de polícia judiciária e polícia administrativa preventiva a instituições policiais estaduais distintas, o que se traduz em seu artigo 144, §§ 4º e 5º.¹⁵⁹

Essa acumulação de funções de natureza e finalidades tão distintas resulta em deficiência de ambos os segmentos de atividade estatal, visto que a divisão de efetivo e de recursos e a concentração de atribuições em uma única instituição acaba por gerar prejuízo à investigação criminal, que tem como destinatária final a Justiça Penal, e à prevenção administrativa, voltada à consecução de políticas públicas de segurança definidas pelo Poder Executivo.

Luigi Ferrajoli, tecendo críticas ao modelo italiano e aos de outros países europeus e latino-americanos, sustenta que as distintas atividades de natureza policial

deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. [...] A atual promiscuidade, seja subjetiva (dos aparatos) que objetiva (das funções), não permite, por seu turno, caracterizar a *polícia* nem sob o aspecto organizacional nem sob o aspecto funcional.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cf. Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 207/1979: “Artigo 3º São atribuições básicas: I – Da Polícia Civil – o exercício da Polícia Judiciária, administrativa e preventiva especializada”.

¹⁵⁹ O mesmo se diga em relação à Constituição do Estado de São Paulo, que simetricamente reprisa o texto da Constituição Federal em seu artigo 140 e 141.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 709.

O modelo peninsular europeu de polícia unificada vem sendo criticado há décadas não só por Luigi Ferrajoli, mas, inclusive, por Francesco Carnelutti,¹⁶¹ que já se mostrava contrário, no início da segunda metade do século XX, à atuação dos comissários de polícia (*commissari di polizia*) e dos carabineiros (*brigadieri dei carabinieri*) em atividades de investigação criminal.

A crítica tecida pelo referido processualista não se apoia no fato de a polícia judiciária realizar a investigação criminal, mas sim na anomalia apresentada pelos órgãos de polícia da Itália republicana, que passaram a acumular as funções de polícia administrativa de segurança e de polícia judiciária sem a devida qualificação técnico-jurídica para o exercício desta última atividade, sendo confiada a investigação preliminar a “agentes quase sempre pouco preparados, tecnicamente e moralmente”,¹⁶² para realizar essa importante atividade persecutória de natureza processual penal.

A constatação das deficiências do direito de polícia nos países ocidentais leva-nos a concluir que o modelo constitucional e legal brasileiro, sob o aspecto da divisão de funções entre as instituições policiais, encontra-se consentâneo com os postulados garantistas, dependendo agora apenas de aprimoramentos no que tange à produção probatória em sede de Polícia Judiciária, como forma de imprimir segurança jurídica e legitimidade à investigação criminal e evitar retrocessos atentatórios aos valores constitucionais democráticos.

5.1 Funções constitucionais e garantias institucionais

No enfoque processual penal constitucional, a Polícia Judiciária, como instituição de Estado, é, conforme já destacamos, uma garantia processual de terceira geração, visto que a Constituição lhe atribuiu a função de realizar a

¹⁶¹ Op. cit., p. 105.

¹⁶² Idem, tradução nossa.

investigação criminal, sendo esta componente da garantia do devido processo penal.

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho disserta:

A Polícia Judiciária exerce aquela atividade, de índole eminentemente administrativa, de investigar o fato típico e apurar a respectiva autoria. É o conceito que se infere do art. 4º do CPP. Contudo, o art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF distinguem as funções de apurar as infrações penais e as de Polícia Judiciária. Já que houve tal distinção, é lícito afirmar, nos termos do § 4º do art. 144 da Lei Maior, que às Polícias Cíveis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, bem como fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar diligências requisitadas pela Autoridade Judiciária ou Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades competentes; representar ao Juiz no sentido de ser decretada a prisão preventiva ou temporária.¹⁶³

Nota-se, contudo, que a Polícia Judiciária no Brasil não exerce atividade de natureza administrativa, como sustenta o referido autor, mas funções judiciais delegadas, de natureza cautelar e instrutória, o que lhe impõe imparcialidade e estrita observância aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente na consecução de suas atribuições.

Assim entende Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ao discorrer que

no procedimento do inquérito, encontra-se, portanto, conjunto de atos de instrução; transitórios uns, de relativo efeito probatório e definitivos outros, de efeito judiciário absoluto. Melhor, pois, afirmar que a polícia, enquanto judiciária e o inquérito, que ela faz, exsurtem administrativos, por sua atuação e forma, mas judiciais, nos seus fins.¹⁶⁴

Portanto, o fato de a Polícia Judiciária ser organizada internamente por normas de Direito Administrativo e compor a estrutura do Poder Executivo não transforma as funções judiciais por ela desenvolvidas em atividades de cunho

¹⁶³ Op. cit., p. 229.

¹⁶⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato de polícia judiciária*. Belém: Cejup, 1986, p. 22.

administrativo. Isso porque seus atos e procedimentos são regrados pelo Direito Processual Penal e dele não podem se divorciar.

É sabido que todos os Poderes da República exercem atipicamente funções de natureza administrativa para a gestão de seus órgãos e isso não desnatura as suas atividades típicas constitucionalmente previstas.

Assim também ocorre com a Polícia Judiciária brasileira que, apesar de impropriamente estar vinculada ao Poder Executivo e à sua típica estrutura de Administração Pública, não tem o produto final de seu trabalho destinado a este Poder e muito menos suas atividades regradas por normas de Direito Administrativo, o que deixa nítida a sua característica judicial e a natureza processual penal de suas funções.

Também não há que se falar na existência de distinção entre funções de polícia judiciária e de investigação criminal, como se fossem atividades estatais de naturezas diversas. A investigação criminal é uma função típica de polícia judiciária, quiçá a mais importante delas, mas não exclui outras da mesma espécie.

A Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre as atividades de polícia judiciária e de investigação criminal, mas simplesmente destaca a relação de continente e conteúdo existente entre elas, no sentido de destacar que a apuração de infrações penais e de suas respectivas autorias se constitui em atividade de polícia judiciária, atribuída exclusivamente às Polícias Judiciárias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal.¹⁶⁵

Nesse sentido, a terminologia *funções de polícia judiciária* é utilizada como gênero para designar as várias atividades típicas que dele são espécies, dentre elas a atividade de investigação criminal.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Cf. Constituição Federal, artigo 144, §§ 1º e 4º.

¹⁶⁶ É expresso nesse sentido o texto do artigo 4º do Código de Processo Penal, em que o legislador define como finalidade da atividade de polícia judiciária “a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Aury Lopes Júnior afirma ser

importante destacar que neste sistema a polícia não é mera auxiliar, senão o titular (verdadeiro diretor da instrução preliminar), com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que exista uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores.¹⁶⁷

Verifica-se, portanto, que as atividades desempenhadas pela Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito têm por finalidade precípua viabilizar o exercício do poder de punir do Estado dentro das balizas constitucionais e legais, resguardando direitos e efetivando garantias fundamentais. Isso tudo como forma de limitar o próprio Estado no exercício de seu poder de punir, auxiliando, assim, na concretização do justo processo, na efetivação do direito social à segurança e na busca do primado maior de existência digna para todos os seres humanos.

Para a consecução desses objetivos, a Polícia Judiciária deve dispor de algumas garantias institucionais, dentre as quais destacamos a mais importante, que se constitui na autonomia funcional para a consecução de suas atribuições constitucionais de investigação criminal.

O texto da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo, editada sob a égide do regime ditatorial militar, instituiu subordinação *hierárquica, administrativa e funcional* da Polícia Civil ao Secretário de Segurança Pública, cargo este de livre nomeação pelo Governador do Estado e não ocupado necessariamente por integrante da carreira de delegado de polícia.¹⁶⁸

Esse dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, visto que o artigo 144, § 4º, da Lei Maior define que a Polícia Judiciária estadual será dirigida por delegados de polícia de carreira,¹⁶⁹ passando a dispor esta instituição de autonomia funcional em relação ao Chefe do Poder Executivo e

¹⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

¹⁶⁸ Cf. Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 207/1979: “Artigo 2º São órgãos policiais, subordinados hierárquica, administrativa e funcionalmente ao Secretário da Segurança Pública: I – Polícia Civil”.

¹⁶⁹ A Constituição do Estado de São Paulo reafirma o texto da Constituição Federal em seu artigo 140, dispondo que “à Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegados de polícia de carreira, bacharéis em Direito, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

seus auxiliares, apesar de ainda permanecer subordinada administrativamente ao Governador do Estado, por força do § 6º do mesmo artigo da Constituição Federal.

Nesse contexto, constata-se a necessidade premente de que a Polícia Judiciária também passe a dispor de autonomia administrativa e financeira em relação ao Chefe do Poder Executivo, haja vista a relevância das atividades desenvolvidas por seus membros, que lidam diretamente com o *status libertatis* e o *status dignitatis* do indivíduo, em prol do ideal de justo processo.

Outro não é o entendimento de Luigi Ferrajoli que, ao tratar do *direito de polícia* italiano, defende que

em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender.¹⁷⁰

Por isso, deve a Polícia Judiciária ser afastada de quaisquer ingerências políticas, para que não reste prejudicada a eficiência da investigação criminal e não se corra o risco de torná-la um instrumento voltado a fins pessoais ou puramente eleitoreiros.

Humberto Quiroga Lavié¹⁷¹ define que um órgão com autonomia funcional e financeira é um órgão extrapoder, ou seja, não depende diretamente de nenhum dos Poderes do Estado, sendo que seus membros, para preservação dessa autonomia, não podem estar submetidos às determinações de nenhuma autoridade pública, prestando contas somente ao Direito.

Especificamente em relação à autonomia financeira, Hely Lopes Meirelles esclarece que se trata da

capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a promover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas,

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 709.

¹⁷¹ Apud MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 622.

aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como o são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias.¹⁷²

Não há dúvida, portanto, da necessidade de se outorgar autonomia plena à Polícia Judiciária em relação ao Poder Executivo, estabelecendo dotação orçamentária específica a ser gerida diretamente pela própria instituição e por intermédio de seus membros dirigentes. Só assim, a atividade de investigação criminal estaria isenta de qualquer interferência, consolidando a sua vocação garantista no Estado Democrático de Direito.

5.2 Poder de polícia judiciária

O poder de polícia judiciária é inerente às instituições que exercem regularmente a atividade de investigação criminal e encontra sua legitimação nas normas de Direito Processual Penal. É exercido com a finalidade de instrumentalizar a garantia do devido processo penal, legitimando a autoridade policial e seus agentes a praticarem atos legais, coercitivos ou não, que possibilitem a apuração da verdade sobre os fatos investigados, aplicando as normas penais e processuais penais que limitam e disciplinam o *jus puniendi* do Estado.

Esse poder de polícia judiciária não se confunde com o poder de polícia administrativa, inerente aos órgãos típicos da Administração Pública e regido pelas normas de Direito Administrativo, pois este último poder, em decorrência de sua natureza publicista, é discricionário, autoexecutável e coercitivo, autorizando a intervenção imediata nas liberdades individuais e até mesmo legitimando a

¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 203.

imposição de sanções administrativas restritivas de direitos sem a necessidade de prévia chancela do Estado-Juiz.¹⁷³

Trata-se, portanto, de um poder nitidamente preventivo e excepcionalmente sancionatório, que concede autorização ampla à Administração Pública para interferir discricionariamente nas liberdades individuais, mas em momento algum a legitima a autoexecutar a sanção penal ou instrumentalizá-la processualmente, função reservada à jurisdição e ao seu aparato de Justiça Criminal.

Portanto, o poder de polícia administrativa é um poder autoaplicável pelo agente da Administração Pública com base em normas de Direito Administrativo, o que não se coaduna com o Direito Penal e o Direito Processual Penal, que disciplinam um poder estatal de coerção mediata e especialmente limitado, consubstanciado no poder-dever de punir em matéria criminal, o qual só se concretiza por intermédio da jurisdição penal.

A legitimidade do poder de polícia judiciária está nas normas de processo penal e é ele, tipicamente, um poder inerente aos órgãos do Poder Judiciário, desde que a Constituição não os tenha delegado a outras instituições, como fez em relação às Polícias Judiciárias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal, vinculadas aos respectivos Poderes Executivos.

O magistrado exerce o poder de polícia judiciária diretamente no processo penal quando, por exemplo, as normas o autorizam a adotar medidas coercitivas para o bom andamento do processo e a lavrar auto de prisão em flagrante em relação aos crimes praticados na sua presença.¹⁷⁴

¹⁷³ O Código Tributário Nacional traz um referencial conceitual de poder de polícia administrativa: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

¹⁷⁴ Cf. Código de Processo Penal, artigos 251, 307 e 497, incisos I e II.

A Polícia Judiciária, por seu turno, exerce esse poder por delegação originária constitucional quando realiza a investigação criminal e as demais atividades de auxílio ao Poder Judiciário, legitimada que está pela Constituição Federal e pelas leis processuais penais infraconstitucionais que as regulamentam.

Luigi Ferrajoli explica que

as medidas cautelares de polícia consistem numa longa série de poderes instrutórios autônomos, paralelos àqueles de competência da magistratura, que por vezes as forças policiais podem exercer sem autorização prévia ou mandado da autoridade judiciária, em derrogação ao monopólio da função jurisdicional a esta reservada [...]. Estes poderes, que no seu conjunto configuram um completo sistema de direito processual policesco, são de competência da “polícia judiciária”.¹⁷⁵

O poder de polícia judiciária, portanto, não se limita a permitir que a Polícia Judiciária interfira nas liberdades individuais apenas pela via da investigação criminal, autorizando, também, que preste auxílio direto ao Poder Judiciário em medidas coercitivas, a exemplo do cumprimento de mandados de prisão, de busca e apreensão e de proteção e escolta pessoais dos magistrados.¹⁷⁶

Como atributo do poder de polícia judiciária, destaca-se o poder de requisição do delegado de polícia, cujo caráter coercitivo funda-se na inafastável necessidade de instrução probatória do inquérito policial para elucidação da verdade.¹⁷⁷

Esse poder possibilita à autoridade policial ver franqueado o acesso direto a documentos de interesse da investigação, desde que o conteúdo neles consignado não esteja acobertado pelo sigilo constitucional de dados com reserva de jurisdição, caso este em que é necessário recorrer à prévia autorização judicial. Além disso, poderá o delegado de polícia requisitar o compulsório comparecimento

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 729.

¹⁷⁶ Cf. Código de Processo Penal, artigo 13 e Lei nº 12.694/2012, artigo 9º.

¹⁷⁷ O poder de requisição do delegado de polícia é previsto expressamente no artigo 6º, incisos III e VII, do Código de Processo Penal, no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013, nos artigos 15 e 16 da Lei nº 12.850/2013 e no artigo 17-B da Lei nº 9.613/1998, com a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012.

de pessoas à sua presença para serem ouvidas e determinar a realização de exames periciais a órgãos oficiais ou privados.

Tendo em vista o caráter coercitivo do qual se revestem as requisições da autoridade policial, o seu descumprimento imotivado pode levar o recalcitrante a ser responsabilizado pelo crime de desobediência, se particular, ou prevaricação, se agente público.¹⁷⁸

Como se vê, o poder de polícia judiciária serve como instrumento processual destinado a legitimar a intervenção coercitiva da Polícia Judiciária nas liberdades individuais e coletivas, como forma de garantir o bom andamento das atividades de polícia judiciária em todos os seus seguimentos e, principalmente, a efetividade do devido processo penal em sua fase preliminar.

5.3 Delegado de polícia

No Brasil, a instituição Polícia Judiciária é dirigida por delegados de polícia de carreira.¹⁷⁹ A estes agentes políticos, detentores de formação jurídica idêntica à dos magistrados, defensores técnicos e membros do Ministério Público, incumbe instrumentalizar a colheita e materialização de provas que influenciarão na formação da *opinio delicti* do órgão acusador, na atuação da defesa, no juízo de admissibilidade da acusação pelo magistrado e, muitas vezes, na absolvição ou condenação do réu.

Na definição do administrativista Hely Lopes Meirelles,

agentes políticos são os componentes do Governo em seus primeiros escalões, para o exercício de atribuições constitucionais. Atuam com ampla liberdade funcional e possuem prerrogativas

¹⁷⁸ Cf. Código Penal, artigos 319 e 330.

¹⁷⁹ Nesse sentido dispõem a Constituição Federal, no artigo 144, § 4º e a Lei nº 9.266/96, em seus artigos 2º-A, parágrafo único, e 2º-C, com a nova redação dada pela Lei nº 13.047/2014. Este último dispositivo legal define que a direção-geral da Polícia Federal será exercida exclusivamente por delegado de polícia federal, integrante da última classe da carreira.

próprias, não estando sujeitos, em regra, a controle hierárquico, submetendo-se tão-somente aos limites constitucionais e legais estabelecidos. Exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, atuando com independência nos assuntos de sua competência. São remunerados por subsídio.¹⁸⁰

O delegado de polícia é o agente político no qual a Constituição e a lei processual penal concentraram o poder de polícia judiciária, o que o legitima a exercer funções judiciais por delegação legal.¹⁸¹ Exemplo dessas atividades judiciais típicas outorgadas constitucional e legalmente ao delegado de polícia são as de decretar a prisão cautelar em flagrante delito e praticar atos instrutórios nos autos do procedimento de investigação criminal, constituindo provas definitivas e legítimas a fundamentar decisões jurisdicionais.¹⁸²

É, portanto, esta autoridade o membro da Polícia Judiciária que enfeixa as funções de direção da instituição e a presidência da investigação criminal, caracterizando-se, por decorrência lógica do já tratado princípio do órgão investigador natural, em *autoridade policial natural* à realização da primeira fase da persecução penal.¹⁸³

O *princípio do delegado de polícia natural* hoje se revela na exclusividade da presidência dos procedimentos de investigação criminal pelo delegado de polícia no âmbito da Polícia Judiciária, postulado este positivado nos §§ 1º, inciso IV, e 4º do artigo 144 da Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 2º-A da Lei nº

¹⁸⁰ Op. cit., p. 198.

¹⁸¹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente acórdão da lavra do Desembargador Guilherme de Souza Nucci, reconheceu que o delegado de polícia, no sistema jurídico brasileiro, exerce legitimamente atividades judiciais delegadas: “Inicialmente, quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante” (TJSP, HC nº 2016152-70.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, 12.05.2015).

¹⁸² Cf. Código de Processo Penal, artigos 6º, incisos I a IX, e 304, § 1º.

¹⁸³ O *caput* do artigo 18 do Projeto de novo Código de Processo Penal consagra essa realidade jurídica, dispondo que “a polícia judiciária será exercida pelos delegados de polícia no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

9.266/96 (com a nova redação dada pela Lei nº 13.047/2014) e no § 1º do artigo 2º da Lei nº 12.830/2013.¹⁸⁴

A autoridade policial exerce o poder de polícia judiciária com o auxílio de seus agentes, servidores públicos da Polícia Judiciária que atuam sob sua subordinação hierárquica e coordenação direta ou por delegação requisitória, a exemplo dos investigadores e escrivães de polícia, dos agentes policiais e dos peritos criminais e médicos legistas.

Importante destacar que os servidores públicos integrantes dos órgãos de polícia administrativa de segurança, a exemplo dos policiais rodoviários federais, policiais militares estaduais e guardas municipais, não se classificam dentre os agentes da autoridade de polícia judiciária, visto que às polícias administrativas a Constituição Federal outorgou apenas as funções de polícia preventiva ostensiva e de preservação da ordem pública, afastando a possibilidade de lhes ser delegadas por lei ou ato normativo atividades típicas de polícia judiciária.¹⁸⁵

Isso porque os agentes de polícia administrativa de segurança atuam na prevenção imediata de ilícitos em geral¹⁸⁶ e não estão autorizados constitucionalmente a instrumentalizar o poder de polícia judiciária do Estado, sendo-lhes vedada a execução de normas penais e processuais penais e a atuação na persecução penal.

Esses servidores de segurança pública não compõem, portanto, o aparato estatal de Justiça Criminal, do qual fazem parte os membros e os integrantes das carreiras auxiliares da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Juízo Criminal.

Para conduzir a investigação criminal e auxiliar diretamente o Poder Judiciário, o delegado de polícia ocupa uma carreira jurídica de Estado, cujo ingresso no cargo, que é privativo de bacharel em Direito, se dá por intermédio de

¹⁸⁴ “Art. 2º [...] § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.”

¹⁸⁵ Cf. Constituição Federal, artigo 144, §§ 2º, 5º e 8º.

¹⁸⁶ Esses servidores públicos, que compõem a estrutura funcional dos órgãos do Poder Executivo, não atuam exclusivamente na prevenção de infrações penais, mas também de ilícitos administrativos em geral, a exemplo das infrações administrativas ambientais e de trânsito.

concurso público, exigindo-se, em alguns Estados da federação, a comprovação do exercício prévio de alguns anos de atividade jurídica.¹⁸⁷

Do delegado de polícia exige-se imparcialidade e isenção na condução da investigação criminal, já que o objetivo de seu trabalho é o esclarecimento da verdade por intermédio da produção de provas legítimas nos autos de um procedimento de natureza processual penal.¹⁸⁸

Inclusive, neste ponto, importante destacar o entendimento de Marco Antonio Marques da Silva:

Assim, a função e o cargo do delegado de polícia, decorrente da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, remonta à instituição de uma autoridade, hoje, de caráter centenário. Daí porque, em sua independência e imparcialidade, já que totalmente desvinculado do Poder Judiciário (órgão julgador), do Ministério Público, bem como da Defesa, desponta o Delegado de Polícia como autoridade mais que ideal a assegurar a presidência de um procedimento investigatório, para delimitar e instruir uma eventual denúncia, sem vícios ou comprometimentos, buscando provas da existência de delitos e a indicação de seus prováveis autores, afastando o determinismo e os juízos errôneos, que o comprometimento do órgão ministerial para com a ação penal poderiam provocar.¹⁸⁹

A Lei Estadual nº 1.152/2011, do Estado de São Paulo, é expressa no sentido de exigir imparcialidade e isenção do órgão investigador, apresentando pioneirismo e importante avanço para a plena adequação da investigação criminal aos seus verdadeiros objetivos.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Os artigos 2º, *caput*, e 3º, da Lei nº 12.830/2013 dispõem sobre a natureza jurídica das atividades desempenhadas pelo delegado de polícia e a exigência do título de bacharel em Direito para ocupar o referido cargo. No Estado de São Paulo, a Constituição, em seu artigo 140, § 4º, dispõe: “O ingresso na carreira de Delegado de Polícia dependerá de concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, dois anos de atividades jurídicas, observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação”.

¹⁸⁸ O Projeto de novo Código de Processo Penal objetiva expressar no texto legal esses atributos exigidos do delegado de polícia na condução do inquérito policial: “Art. 19. O inquérito policial será presidido por delegado de polícia de carreira, que conduzirá a investigação com isenção e independência”.

¹⁸⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade..., p. 487.

¹⁹⁰ “Art. 1º [...] § 2º A independência funcional é garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado” (Nova redação dada pela Lei Estadual nº 1.249/2014).

Constata-se, portanto, que a sistemática constitucional e legal alçou o delegado de polícia à condição de sujeito imparcial da persecução penal. Em decorrência disso, à autoridade policial também se estendem as hipóteses de impedimento e suspeição previstas no Código de Processo Penal para os magistrados e os órgãos auxiliares da Justiça.¹⁹¹

Portanto, o artigo 107 do Código de Processo Penal, que veda a arguição de suspeição da autoridade policial, deve ser submetido a uma interpretação conforme a Constituição Federal, o que impõe o entendimento de que em qualquer momento da investigação criminal pode ser suscitado o impedimento ou a suspeição do delegado de polícia para presidir a apuração de um caso concreto, como forma de garantir a atuação imparcial.

É o que também defende Guilherme de Souza Nucci:

Enfim, não vemos sentido para uma autoridade policial suspeita não poder ser afastada pelo juiz, fiscal da investigação, quando alguém se sentir prejudicado. Mais correto é a afirmação de que a autoridade *deve* declarar-se suspeita, havendo motivo legal. Entretanto, não é suficiente deixar-se ao critério da autoridade policial fazê-lo. Cremos, pois, que, havendo motivação para a consideração da suspeição do delegado, não podendo o magistrado afastá-lo, por falta de previsão legal, deve a parte interessada solicitar o afastamento da autoridade policial ao Delegado Geral de Polícia ou, sendo o pleito recusado, ao Secretário da Segurança Pública. A questão torna-se, então, administrativa, pois existe recomendação legal para que o afastamento ocorra. Por ordem superior, tal pode ocorrer.¹⁹²

Inclusive, o Projeto de novo Código de Processo Penal, acolhendo essa nova realidade imposta pelos princípios constitucionais processuais, propõe a previsão expressa de sujeição do delegado de polícia à suspeição e ao impedimento nas mesmas hipóteses que ensejam o afastamento do juiz do

¹⁹¹ No vigente Código de Processo Penal, as hipóteses de suspeição e impedimento dos magistrados estão previstas nos artigos 251 a 256.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 247-248.

processo, consagrando a sua condição de sujeito imparcial da primeira fase da persecução penal.¹⁹³

Ao constitucionalizar o processo penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 impôs a adaptação das instituições que compõe o aparato de Justiça Criminal à sua vocação garantista, exigindo dos agentes políticos que as integram conhecimentos técnicos e jurídicos necessários à eficiente consecução de suas funções, atribuindo-lhes maiores poderes e responsabilidades, outorgando-lhes garantias funcionais para que possam contribuir para a concretização do ideal de justo processo, com respeito intransigente dos direitos humanos fundamentais.¹⁹⁴

5.3.1 Garantias funcionais

Para a correta aplicação do Direito no exercício das atividades de polícia judiciária, o sistema jurídico vigente revelou ser indispensável que o delegado de polícia disponha das mesmas prerrogativas funcionais inerentes às demais carreiras jurídicas que exercem funções essenciais à Justiça, garantias estas que se constituem na inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional.

Não se pode admitir que a hierarquia administrativa influencie nas decisões tomadas pelo delegado de polícia no exercício das atividades de polícia judiciária, impondo-lhe determinações superiores. A edição de recomendações para orientar a atuação uniforme das autoridades é admissível, mas a influência direta nas

¹⁹³ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigo 19, parágrafo único, combinado com os artigos 53 e 55.

¹⁹⁴ Pródigo em estabelecer responsabilidades dos órgãos que atuam na persecução penal para com as garantias constitucionais, o Projeto de novo Código de Processo Penal, em seu artigo 542, passa expressar a obrigatoriedade de o delegado de polícia submeter o indivíduo conduzido à sua presença a exame de corpo de delito, quando este apresentar lesões corporais, destacando o papel constitucional da autoridade policial de guardião dos direitos fundamentais, cabendo-lhe reprimir a violência policial e a tortura, que configuram verdadeiros atentados à dignidade humana.

decisões jurídicas é inconcebível, em face do desempenho de uma atividade que lida diretamente com a liberdade individual.

Por conta disso, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 35, de 03 de abril de 2012, que fez inserir no artigo 140 da Constituição do Estado de São Paulo a independência funcional do delegado de polícia, reafirmando também a previsão que restringe a sua remoção apenas aos casos de pleito pessoal ou por manifestação favorável do Conselho Superior da Polícia Civil.¹⁹⁵

Nesse mesmo sentido caminhou o legislador federal, ao dispor no § 4º do artigo 2º da Lei nº 12.830/2013 que o delegado de polícia que deflagrar a investigação criminal não poderá ser afastado da presidência do procedimento, mediante avocação dos autos de inquérito policial por superior hierárquico, exceto nos casos de real interesse público revelado pelo descumprimento de deveres funcionais e inobservância dos ditames legais.

Exige-se, ainda, que a referida avocação, quando cabível, se dê por intermédio de ato fundamentado e, por decorrência lógica, que a redistribuição dos autos a outra autoridade policial, caso ocorra, também se efetive da mesma forma motivada, sob pena de colocar por terra a garantia da independência funcional do delegado de polícia.

A designação da presidência de um inquérito policial à autoridade distinta daquela que o instaurou somente se justifica – face à nova sistemática constitucional e legal imprimida ao procedimento – nos casos de redistribuição dos autos motivadamente avocados, ou quando ocorrer remoção, substituição, afastamento regular, aposentadoria, exoneração ou demissão do delegado de polícia presidente.

Em qualquer outra situação, pretender delegar a presidência de um inquérito policial a autoridade que não o instaurou no exercício de sua livre

¹⁹⁵ “Art. 140. [...] § 3º Aos Delegados de Polícia é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária. [...] § 6º A remoção de integrante da carreira de delegado de polícia somente poderá ocorrer mediante pedido do interessado ou manifestação favorável do Colegiado Superior da Polícia Civil, nos termos da lei.”

convicção jurídica, também constitui patente violação à independência funcional do delegado de polícia.

As prerrogativas funcionais da vitaliciedade e da inamovibilidade também se mostram imprescindíveis para o regular exercício das atividades de polícia judiciária por seus membros. A primeira porque exige decisão judicial para perda do cargo e a segunda porque impede a remoção compulsória e injustificada da autoridade policial.

A exoneração, demissão ou remoção compulsória desmotivada de delegado de polícia, determinada por autoridade administrativamente superior, pode ser utilizada como manobra jurídica voltada a proteger interesses escusos daqueles que se veem ameaçados pela investigação criminal. Por isso a necessidade de se proteger a autoridade policial dessas interferências internas e externas que ameaçam a estabilidade de seu cargo e a eficiência da função constitucional que desempenha.

A Lei Estadual nº 1.152/2011, também do Estado de São Paulo, passou a reconhecer aos delegados de polícia, além da independência funcional, as garantias da irredutibilidade de vencimentos e da inamovibilidade relativa.¹⁹⁶

Por seu turno, a já citada Lei Federal nº 12.830/2013, que disciplina a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, também instituiu a inamovibilidade relativa das autoridades policiais de todo o Brasil, permitindo a remoção apenas por intermédio de ato administrativo fundamentado.¹⁹⁷

Consagrou-se, portanto, uma situação jurídica que a própria sistemática constitucional-democrática já havia consolidado: a de que o delegado de polícia ocupa hoje a posição de agente político e que a instituição Polícia Judiciária exerce

¹⁹⁶ “Art. 1º [...] § 1º São garantias institucionais da carreira de Delegado de Polícia a independência funcional e a irredutibilidade de vencimentos. [...] § 3º A remoção do integrante da carreira de Delegado de Polícia somente poderá ocorrer a pedido do interessado ou por manifestação favorável, devidamente fundamentada, do Conselho da Polícia Civil” (redação dada pela Lei Estadual nº 1249/2014).

¹⁹⁷ “Art. 2º [...] § 4º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.”

funções essenciais à Justiça, tornando indispensável outorgar-lhes garantias funcionais e institucionais para a consecução das suas atividades.

Infelizmente a vitaliciedade ainda não foi estendida aos delegados de polícia de todo o país, perdendo o legislador a grande oportunidade de dar um passo além e imprimir maior eficácia e segurança jurídica ao inquérito policial.¹⁹⁸

5.4 Controle dos atos de polícia judiciária

O controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos de polícia judiciária é realizado por órgãos internos e externos à instituição Polícia Judiciária. O controle interno se efetiva por intermédio dos órgãos correccionais definidos em lei e em atos normativos *interna corporis*, enquanto que o controle externo formal é realizado pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, nos moldes constitucionais e legais, em atividade correccional ou jurisdicional, neste último caso quando provocado o Estado-Juiz em ação própria.¹⁹⁹

O controle interno restringe-se aos aspectos legais e administrativos das atividades desenvolvidas pelos órgãos executores de polícia judiciária, não podendo invadir o mérito jurídico das decisões tomadas pelo delegado de polícia, visto que a hierarquia administrativa vertical estabelecida entre as autoridades que

¹⁹⁸ No Estado do Tocantins, recente emenda à Constituição reconheceu aos delegados de polícia daquele ente federativo, além das garantias de independência funcional e inamovibilidade, também a vitaliciedade, nos seguintes termos: “Art. 116 [...] § 1º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado, sendo-lhe assegurados os direitos inerentes às demais carreiras jurídicas do Estado, a independência funcional além das seguintes garantias: a) vitaliciedade, que será adquirida após três anos de efetivo exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo remoção de ofício por motivo de interesse público por ato fundamentado de dois terços do Conselho Superior da Polícia Civil, ou a pedido, mediante concurso de remoção, onde deverão ser observados, alternadamente, os critérios de antiguidade e merecimento. § 2º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tenha como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, atuando de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com independência funcional, isenção e imparcialidade”.

¹⁹⁹ A exemplo do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança.

compõem a Polícia Judiciária, não se estende ao desempenho das funções jurídicas titularizadas pela autoridade policial, que são acobertadas pela garantia de independência funcional.

O controle externo, por sua vez, fica adstrito à constitucionalidade e legalidade dos atos de polícia judiciária, no que tange à sua compatibilidade com as normas processuais penais e o ordenamento jurídico como um todo. Esta espécie de controle não se estende, contudo, às questões administrativas internas da Polícia Judiciária e deve ser exercido com respeito à independência funcional do delegado de polícia, característica inerente à carreira jurídica que integra.

A atuação do Poder Judiciário no controle externo das atividades de polícia judiciária se justifica no fato de que é a Justiça Penal a destinatária final do produto da investigação criminal, sendo o magistrado um dos principais interessados no esclarecimento da verdade dos fatos, com estrito respeito aos direitos fundamentais, para que possa admitir o início do processo-crime e, em seus autos, decidir sobre a inocência ou culpa do denunciado. Portanto, a investigação se mostra indispensável ao exercício da jurisdição penal.

Conforme destaca Roberto Ferreira Archanjo da Silva,

com a consagração dos direitos humanos fundamentais, o processo penal, além de instrumento estatal para aplicar a penalidade e restabelecer a paz social violada, passa a ser um verdadeiro escudo contra as possíveis arbitrariedades estatais, por conseguinte, o juiz penal ganha uma nova atribuição, a de guardião desses direitos. Durante a persecução penal e na fase de execução da sentença penal condenatória, nada escapa aos olhos do juiz penal, ainda que a fase de desenvolvimento daquela seja extrajudicial, pois exerce o controle sobre a polícia judiciária.²⁰⁰

O Projeto de novo Código de Processo Penal propõe a instituição da figura do *juiz de garantias* na estrutura da Justiça Criminal brasileira, ao qual restaria atribuída a função de exercer a jurisdição estritamente durante o trâmite da investigação criminal, com o fim de tutelar a sua legalidade e constitucionalidade, afastando-se do caso após a sua apuração preliminar, para dar lugar ao juiz do

²⁰⁰ Op. cit., p. 122-123.

processo-crime, preservando este último de qualquer contaminação advinda da atuação na fase extrajudicial.²⁰¹

Por outro lado, apesar do acerto em propor a extinção da burocracia hoje existente de remessa dos autos do inquérito policial que investiga indivíduo solto ao juízo natural para prorrogação de prazo,²⁰² não anda bem o referido Projeto de novo Código de Processo Penal quando dispõe sobre a comunicação apenas ao Ministério Público, pelo delegado de polícia, quando da instauração do procedimento ou quando da necessidade de prorrogação de prazo para a conclusão das apurações mais complexas, subtraindo do magistrado o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos da Polícia Judiciária durante o trâmite da investigação criminal.²⁰³

O mesmo se diga em relação ao artigo 34 do mesmo Projeto, que institui como destinatário final do inquérito policial o Ministério Público, subtraindo do Juízo Criminal a análise preliminar dos termos conclusivos da investigação, obstando o já citado controle jurisdicional imediato das garantias constitucionais processuais, medida incompatível com o modelo de processo penal democrático brasileiro, que é pautado na imparcialidade e isenção do órgão investigador e do produto final do procedimento investigatório.²⁰⁴

Roberto Maurício Genofre segue a mesma linha de nossa crítica e disserta:

Não vemos a exclusão do Poder Judiciário na investigação policial como compatível com os preceitos maiores da legislação pátria, pois qualquer diminuição do sistema de controle e fiscalização nesta seara representa uma perda substancial na luta pela defesa dos direitos impostergáveis do cidadão. Acresça-se, também, a visão dos documentos internacionais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, 1969; Pacto

²⁰¹ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigos 14 a 17.

²⁰² Conforme hoje impõe o artigo 10, § 3º, do Código de Processo Penal.

²⁰³ “Art. 20 [...] § 1º Nas hipóteses dos incisos I e III do *caput* deste artigo, a abertura do inquérito será comunicada imediatamente ao Ministério Público. [...] Art. 31. [...] § 1º Decorrido o prazo previsto no *caput* deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial.”

²⁰⁴ “Art. 34. Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, o delegado de polícia remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal.”

Internacional de Direitos Civis e Políticos – Nova Iorque, 1966; Carta dos Direitos Humanos da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1992; Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais – Roma, 1950) que Canotilho denomina de “direito internacional individualmente referenciado”, tendo por objetivo alicerçar uma nova definição de vinculariedade na proteção dos direitos do homem.²⁰⁵

O Ministério Público, por sua vez, como órgão acusador natural e sujeito parcial da persecução penal, exerce o controle externo das atividades de investigação criminal respaldado na titularidade de seu direito de ação, pois se os trabalhos de polícia judiciária não forem conduzidos com observância das normas penais e processuais penais poderão inviabilizar a adequada atuação do *parquet* na segunda fase da persecução penal.

Essa prerrogativa é prevista no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal como função institucional do Ministério Público e deve ser regulamentada por lei complementar. Contudo, os parâmetros desse controle não foram estabelecidos claramente pelo legislador derivado,²⁰⁶ existindo apenas um dispositivo na Lei Orgânica do Ministério Público da União que trata a matéria de forma genérica.²⁰⁷

Igual direito à verificação de legalidade dos atos praticados pela Polícia Judiciária ocorre ao investigado e à sua defesa técnica, que gozam da prerrogativa à prova legitimamente produzida, como decorrência lógica das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do *due process of law*.

Portanto, constatando alguma ilegalidade na condução da investigação criminal, o investigado, por intermédio de seu defensor técnico, pode provocar os órgãos de controle interno, mediante representação, ou o próprio Poder Judiciário, por intermédio de ação própria, para fazer cessar a ilegalidade atentatória ao direito

²⁰⁵ GENOFRE, Roberto Maurício. O papel do juiz criminal na investigação criminal. *Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia*, n. 23, jan.-mar. 2001, p. 9.

²⁰⁶ O Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle interno do *parquet*, editou a Resolução 20/2007, buscando regulamentar o exercício do controle externo da atividade policial pelos órgãos do Ministério Público de todo o país, medida nitidamente inconstitucional por ter usurpado função legislativa do Parlamento, não podendo gerar qualquer eficácia jurídica *extramuros*.

²⁰⁷ Cf. Lei Complementar nº 75/1993, artigo 9º.

individual à liberdade ou a qualquer outro direito fundamental garantido constitucionalmente.

Como visto, os instrumentos de controle interno e externo das atividades de polícia judiciária revelam-se indispensáveis à consecução da devida investigação legal, garantindo lisura e legitimidade à promoção de justiça penal, levada a efeito nos procedimentos de investigação criminal formalizados pela Polícia Judiciária, extremamente salutar ao modelo de processo democrático ao qual aderiu o Brasil.

6 INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é o procedimento de natureza processual penal que formaliza, como regra, a devida investigação legal, produzindo provas legítimas destinadas a elucidar a verdade sobre um fato supostamente delituoso e sua respectiva autoria. Encontra seu regramento básico nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, sendo que a produção probatória e as medidas cautelares processuais penais realizadas durante o seu trâmite também estão disciplinadas pelo mesmo Código e em leis processuais penais especiais.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha trazido inovações importantíssimas para o processo penal pátrio, com a consagração de garantias processuais fundamentais, tais inovações permaneceram afastadas do inquérito policial por muito tempo, em decorrência de tendências doutrinárias e jurisprudenciais conservadoras e um relativo engessamento legislativo.

A forma inquisitiva plena, como outrora o inquérito policial fora realizado, não garantia ao indivíduo qualquer segurança quanto à sua possibilidade de defesa e integridade de seus direitos, tendo em vista a posição de objeto de investigação que ocupava. Neste modelo, as provas produzidas na fase extrajudicial estavam fadadas a perder força durante a instrução criminal, pois não observavam adequadamente as garantias decorrentes do devido processo penal.

Todavia, ainda no vigente modelo de Justiça Criminal, após a denúncia ou queixa-crime levada a cabo pelo órgão acusador, grande parte do conjunto probatório é necessariamente jurisdicionalizado, ou seja, renovado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa em sede judicial.

Trata-se de um verdadeiro desserviço à efetividade da jurisdição penal. A envergadura desse sistema deve estar estruturada na celeridade e segurança jurídica dos atos processuais, com o fito de que a sociedade possa ter uma resposta rápida e eficiente do Estado-Juiz, mas com a certeza de ver garantidos seus direitos fundamentais.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida afirma que

a função preparatória da instrução preliminar se determina pela necessidade de produção, antes e fora da audiência, de provas dificilmente realizáveis no tempo e no local de concentração do processo. Vimos, mais, que a função preventiva decorre da necessidade de fundamentar um juízo de acusação, isto é, um julgamento prévio dos elementos acusatórios, quer para a garantia da inocência contra a leviandade e a calúnia, quer para garantia do organismo jurisdicional contra os dispêndios inúteis de tempo e de trabalho.²⁰⁸

A concretização desse objetivo passa, necessariamente, por uma mudança de consciência jurídica que possibilite enxergar o inquérito policial como instrumento processual penal legítimo à produção de provas aptas a desvendar a verdade, garantindo, assim, segurança à persecução penal, adequando-a aos objetivos maiores do Estado Democrático de Direito.

Hoje o inquérito policial é disciplinado pelo Código de Processo Penal vigente desde 1941, o qual dispõe ser a Polícia Judiciária o órgão encarregado de sua produção, dirigidas as suas atividades pela autoridade policial e tendo “por fim a apuração das infrações penais e de suas respectivas autorias”.

A opção do legislador pela manutenção do inquérito policial como principal instrumento voltado à apuração das infrações penais no Brasil restou bem clara na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, onde foram destacadas características geopolíticas marcantes de nosso país e que até hoje fundamentam a permanência desse procedimento como principal meio de formalização das provas produzidas na investigação criminal.²⁰⁹

²⁰⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

²⁰⁹ “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos do vigente Código de Processo Penal foram revogados hierarquicamente pelas normas-princípio consagradas no texto da Carta Maior, visto a incompatibilidade dessas regras com o conteúdo valorativo dos princípios constitucionais fundamentais, o que as tornou inválidas.

No contexto dessas revogações podemos destacar como exemplo o afastamento, já em 1989, com a entrada em vigor da nova ordem constitucional, do chamado procedimento *judicialiforme*, previsto originariamente nos artigos 531 a 540 do Código de Processo Penal.

O referido procedimento permitia o início da ação penal pública por portaria, baixada pela autoridade policial ou judicial, nos casos de prática de contravenções penais, lesões corporais e homicídios culposos, podendo a primeira autoridade, quando tomada a iniciativa nas contravenções penais, presidir parte da instrução processual até a sua conclusão, sendo o julgamento efetivado pelo magistrado. Tratava-se de uma ação penal *ex officio*.²¹⁰

compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.”

²¹⁰ A já citada exposição de motivos do Código de Processo Penal traz as razões que, à época, foram determinantes para a adoção do procedimento *judicialiforme*: “O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. O procedimento *ex officio* só é mantido em relação às contravenções, que, dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se

Tendo o Ministério Público passado a ocupar a posição de titular exclusivo da ação penal pública, por força do artigo 129, inciso I, da Carta da República de 1988, o procedimento *judicialiforme* foi extirpado de nosso sistema jurídico, ressaltando o espírito do constituinte originário de adotar o sistema acusatório democrático no processo penal brasileiro.

Os dispositivos legais que regulavam o procedimento *judicialiforme*, apesar de inaplicáveis a partir do advento da Constituição Federal de 1988, somente foram revogados expressamente por intermédio da Lei nº 11.719/2008, que tratou da reforma dos procedimentos do Código de Processo Penal.²¹¹

Visto isso, verificamos que o inquérito policial permanece sendo o procedimento mais eficaz à apuração das circunstâncias delitivas, coligindo provas indicativas da materialidade e autoria de forma ágil e segura, a fim de subsidiar o Poder Judiciário de elementos suficientes para decidir sobre o acolhimento ou não da acusação formalizada pelo órgão do Ministério Público, além de se constituir em um importante instrumento de produção definitiva de provas que podem influenciar diretamente na convicção do Juízo Criminal.

No transcorrer das próximas linhas destacaremos que, modernamente – e como resgate à sua origem –, a mais nobre missão do inquérito policial é servir como instrumento de garantia de direitos fundamentais, evitando acusações infundadas e a submissão do indivíduo ao gravame de figurar como acusado em uma ação penal carente de justa causa, além de viabilizar o exercício do direito de punir do Estado nos casos em que seguramente possa fazê-lo.

a finalidade legal. A necessidade de se abolirem, nesse caso, as delongas processuais motivou mesmo a transferência, respeitada pelo projeto de se permitir à autoridade policial, para o efeito de tal processo, excepcional função judiciária”.

²¹¹ Subsiste o artigo 26 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a deflagração do procedimento *judicialiforme*, mas este também não foi recepcionado pela atual ordem constitucional.

6.1 Mutação das características do procedimento

O inquérito policial, como visto,   um procedimento preliminar   a o penal, de natureza processual penal, conduzido pela Polícia Judiciária e voltado   colheita de provas da materialidade, da autoria e das circunstâncias de uma infra o penal. Serve como um filtro do sistema de Justiça Criminal, limitando e viabilizando o exercício do poder de punir do Estado dentro das balizas constitucionais e legais, evitando, com isso, acusa es infundadas e viola o   direitos fundamentais.

Sabemos, portanto, que para possibilitar e condicionar o exercício do poder-dever de punir em matéria penal dentro dos parâmetros constitucionais, necessária se faz a observância irrestrita das garantias processuais penais fundamentais em todas as fases da persecu o penal, dentre elas a garantia do devido processo penal e os consectários da ampla defesa e do contraditório, sem as quais ao Estado não   permitido interferir nas liberdades individuais.

Diante desta premissa, derivada da vigente ordem constitucional, que promoveu a constitucionaliza o do processo penal e a *processualiza o do procedimento*, o inquérito policial não pode mais ser classificado como um mero procedimento administrativo, essencialmente inquisitivo e de cunho informativo.

Hoje o procedimento investigatório está submetido às normas-princípio processuais penais constitucionais e   regulado por leis processuais penais, constituindo-se em um verdadeiro instrumento jurídico de garantias, apto a produzir provas legítimas que podem fundamentar uma acusa o e a respectiva defesa contraposta, a instaura o do processo-crime e até mesmo o juízo absolutório ou condenatório de alguém.

6.1.1 Processualidade

Em decorrência dessa perspectiva, relacionada à natureza jurídica processual penal do inquérito policial, restam abandonadas as posições doutrinárias que reduziam as suas características a um superficial formalismo, classificando-o como procedimento administrativo, inquisitivo, sigiloso, meramente informativo e dispensável.²¹²

Isso porque o inquérito policial não é apenas um conjunto de diligências e não tem como destinatário final o Ministério Público, mas sim um procedimento de natureza processual penal voltado à Justiça Criminal, carreando provas de extrema valia para o esclarecimento da verdade, almejada por todos os atores processuais penais e não apenas pelo órgão acusador.

Além disso, a investigação criminal não pode ser formalizada por intermédio de qualquer procedimento policial, mas apenas em procedimento regulado em lei processual penal e levado a feito pela Polícia Judiciária, instituição legitimada constitucionalmente a realizar a investigação criminal.

²¹² Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que “o inquérito policial é peça meramente informativa. Nele se apuram a infração penal com todas as suas circunstâncias e a respectiva autoria. Tais informações têm por finalidade permitir que o titular da ação penal, seja o Ministério Público, seja o ofendido, possa exercer o *jus perseguendi in judicio*, isto é, possa iniciar a ação penal” (Op. cit., p. 239-240). Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, conceitua o inquérito policial como “todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80).

6.1.2 Democraticidade

Em face à realidade processual democrática hoje vivenciada, não há mais como sustentar a inquisitividade do inquérito policial, muito menos a admissão de qualquer outro procedimento inquisitivo no vigente sistema jurídico constitucional.

É o que também defende Aury Lopes Júnior:

O processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a democraticidade. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional... Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. Mas o problema é: isso basta? E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser um instrumento de garantia da democracia.²¹³

A nomenclatura herdada pelo inquérito policial remonta às antigas ordenações portuguesas que o originaram, mas hoje o nome que ostenta não condiz com a sua natureza constitucional, pois se trata de um procedimento nada inquisitivo, em que se deve garantir a ampla defesa e o contraditório mitigado, além das demais garantias processuais decorrentes do devido processo penal.

Conforme apontado em linhas anteriores, o inquérito policial integra o conceito amplo de devido processo penal e este, por constituir-se em garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, apoia-se em um modelo acusatório. Portanto, o sistema de Justiça Criminal brasileiro, visto como um todo, é acusatório na sua essência e essa característica se reflete em todas as fases da persecução penal, inclusive na investigação criminal.

O processo penal constitucionalizado não aceita a inquisitividade no curso da *persecutio criminis*, não admite que a atividade de investigação criminal se legitime em normas de Direito Administrativo e muito menos autoriza a formalização de atos investigatórios em procedimentos administrativos meramente informativos,

²¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito...*, p. 80.

divorciados que estão das normas processuais penais que instrumentalizam a garantia constitucional da devida investigação legal democrática.

6.1.3 Imprescindibilidade

Por outro lado, o inquérito policial também não é caracteristicamente dispensável, como se costuma sustentar. O Código de Processo Penal dispõe que este procedimento será iniciado de ofício pela autoridade policial, ou quando requisitado pelo órgão judicial ou ministerial ou, ainda, mediante requerimento apresentado pela vítima ou seu representante legal.²¹⁴

A referida disposição legal, interpretada à luz das normas-princípio constitucionais, traduz um preceito mandamental ao expressar que o “inquérito policial será iniciado”, impondo, assim, um poder-dever à Polícia Judiciária de deflagrar o procedimento investigatório no momento em que tomar conhecimento, por qualquer meio, de um fato supostamente criminoso e da existência de indícios mínimos de sua possível autoria.

Essa regra decorre da garantia de acesso à Justiça Criminal, extensiva também à fase extrajudicial da persecução, já que a prévia devida investigação legal se mostra imprescindível à efetivação do processo justo, servindo como um filtro do sistema processual penal para evitar acusações infundadas, promover a apuração da verdade e resguardar direitos fundamentais.

O que parcela da doutrina processualista denomina de dispensabilidade do inquérito policial nada mais é do que a possibilidade de se realizar o filtro do sistema de Justiça Criminal, à exceção, por intermédio de outros elementos de prova, constitucional e legalmente produzidos. É o caso, por exemplo, das provas obtidas em investigações extra-polícia judiciária – sobre as quais já nos referimos anteriormente – e daquelas surgidas de forma eventual em procedimentos legais

²¹⁴ Cf. Código de Processo Penal, artigo 5º, incisos I e II.

de cunho não criminal, que podem excepcionalmente embasar uma acusação formal.²¹⁵

Essas hipóteses de exceção não se confundem com a permissão para se formalizar acusações sem prévia investigação legal, simplesmente descartando o inquérito policial, sem que se apresente em juízo provas legitimamente produzidas em procedimento regulado por lei processual penal e apto a substituí-lo.

Não se trata, portanto, de dispensabilidade do inquérito policial, nem tampouco de afastamento da imprescindível devida investigação criminal preliminar, mas sim de uma exceção à regra de apuração da verdade pela Polícia Judiciária, autorizada por lei processual penal como forma de promover a celeridade da persecução penal, sem que haja prejuízo à necessária segurança jurídica que a permeia.

Por isso, essas provas eventuais, apresentadas pelo órgão acusador público ou privado ao Juízo Criminal, devem possibilitar a verificação de existência de justa causa para início da ação penal, além de necessariamente se mostrarem consentâneas com os princípios constitucionais fundamentais e as leis processuais penais. Caso contrário, deverá ser promovida a instauração de inquérito policial para legítima apuração dos fatos.

6.1.4 Obrigatoriedade

Não há liberdade de escolha de realizar ou não a devida investigação legal, de formalizá-la ou não nos autos de inquérito policial ou de utilizá-la ou não para fundamentar uma acusação, pois ela é obrigatória para respaldar o início da ação penal, que só se justifica quando presentes nos autos do devido procedimento extrajudicial fortes indicativos da existência de um delito e de sua respectiva autoria.

²¹⁵ Cf. Código de Processo Penal, artigos 12, 39, § 5º, 40, 46, § 1º.

Existe, portanto, o dever da Polícia Judiciária de promover acesso à Justiça Penal por intermédio da devida investigação legal, possibilitando que o Estado-acusação exerça o seu direito de ação, que o indigitado autor de um crime faça valer o seu direito de defesa, buscando afastar a suspeita que sobre ele recai, e que o Juízo Criminal possa desincumbir-se, com segurança, de seu múnus jurisdicional penal.

Assim entende Cláudio José Langroiva Pereira:

Decorre como consequência lógica da adoção do princípio da obrigatoriedade a necessária instauração de inquérito policial, pela autoridade policial, nos crimes de ação penal pública, impossibilitando depois de instaurado, a suspensão discricionária da investigação ou seu arquivamento, e, no caso do Ministério Público, fica este obrigado a provocar a pretensão punitiva, sempre lembrando o caso específico das denominadas infrações de menor potencial ofensivo, bem como impossibilitado de dispor da ação penal intentada ou de eventual recurso interposto.²¹⁶

Tudo isso nos leva a concluir que não há nenhum respaldo jurídico para a realização de investigações extralegais, levadas a efeito por instituições não legitimadas constitucionalmente para realização dessa atividade processual penal, tampouco há amparo para as denominadas *apurações preliminares* no âmbito da Polícia Judiciária, pois são vedados em nosso sistema jurídico instrumentos investigatórios distintos do inquérito policial e de outros procedimentos previstos na legislação processual penal, que tramitem sem o acompanhamento e controle dos demais órgãos que atuam na *persecutio criminis*.

Os membros de Polícia Judiciária devem analisar o fato levado ao seu conhecimento e verificar se há indícios mínimos de que se trata de um ilícito penal e se existe algum indicativo sobre quem o tenha praticado. Nos casos em que subsista dúvida acerca da existência de infração penal, poderá a autoridade policial, no máximo, verificar direta e informalmente a viabilidade para instauração do inquérito policial ou outro procedimento apuratório previsto na legislação processual penal, mas nunca realizar investigação sem ele.

²¹⁶ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Princípio...*, p. 11.

Não havendo, então, elementos suficientes a justificar a formalização da investigação criminal, devido à atipicidade do fato, à ausência de punibilidade e/ou à inviabilidade do procedimento, deve a Polícia Judiciária arquivar a suposta notícia-crime, como meio de resguardar o direito à liberdade individual.²¹⁷

Quando falamos em tipicidade, punibilidade e viabilidade, estamos tratando dos elementos que compõem o conceito de justa causa no processo penal. Desse modo, só existe justa causa para instauração do inquérito policial se há tipicidade do fato a ser apurado, se este fato é punível penalmente e se existe qualquer indicativo, por mais remoto que seja, do caminho a ser seguido para apuração de sua autoria.²¹⁸

Nesse sentido, totalmente inviável se mostra mobilizar toda estrutura de polícia judiciária para apurar um fato que nem ao menos em tese apresente-se como criminoso, em que a punibilidade já esteja extinta ou cuja autoria nem mesmo remotamente esteja indicada. Um procedimento instaurado nessas hipóteses caracterizaria coação ilegal daqueles submetidos à investigação criminal e desvio de foco dos casos que apresentam real possibilidade de esclarecimento.

²¹⁷ O Projeto de novo Código de Processo Penal segue nesta mesma linha, ao dispor no seu artigo 8º que “a investigação tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal”.

²¹⁸ A Portaria DGP nº 18/1998, do Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, encampa esse entendimento e assim dispõe: “Art. 1º A instauração de inquérito policial, quando legalmente possível, dependerá, sempre, de prévia e pertinente decisão da autoridade policial que, com essa finalidade, expedirá, em ato fundamentado, portaria na qual fará constar descrição objetiva do fato considerado ilícito, com a preliminar indicação de autoria ou da momentânea impossibilidade de apontá-la, e ainda a classificação provisória do tipo penal alusivo aos fatos, consignando, por último, as providências preliminarmente necessárias para a eficiente apuração do caso. Art. 2º A autoridade policial não instaurará inquérito quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal. § 1º Igual procedimento adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento. § 2º Quando a notícia do suposto ilícito penal chegar ao conhecimento da autoridade policial por meio de requerimento (art. 5º, II, Código de Processo Penal), esta, em despacho motivado, não conhecerá do pedido, se ausente descrição razoável da conduta a ensejar classificação em alguma infração penal ou indicação de elementos mínimos de informação e de prova que possibilitem o desenvolvimento de investigação. § 3º Ao conhecer do requerimento, a autoridade policial procederá na forma do disposto nos arts. 1º ou 2º, ‘caput’ e § 1º, no que couber”.

6.1.5 Indisponibilidade

Por consequência lógica do que foi abordado, vemos que também incide na fase investigatória o denominado princípio da indisponibilidade, pois o inquérito policial instaurado não pode ser arquivado em sede de Polícia Judiciária,²¹⁹ devendo a autoridade policial levá-lo a termo e remetê-lo a Juízo para a apreciação do magistrado e do órgão do Ministério Público, após cumprida a sua parcela de colaboração para com a promoção de acesso ao justo processo penal.

Isso porque a investigação criminal constitui-se em apenas uma das fases da persecução penal que, somada à fase judicial, completa o percurso a ser trilhado para a concretização do devido processo penal. Portanto, como dito, o inquérito policial interessa primordialmente à Justiça Criminal e não apenas à Polícia Judiciária, ao Ministério Público, à Defesa ou ao Poder Judiciário, o que o torna indisponível.

Reforçando essa característica, o Projeto de novo Código de Processo Penal mantém a regra de arquivamento dos autos do inquérito policial somente por decisão judicial, após requerimento do órgão do Ministério Público, além de definir que “arquivado o inquérito policial, o juiz das garantias comunicará a sua decisão à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia”, consagrando o sistema de controle democrático entre os sujeitos que atuam na persecução penal.²²⁰

6.1.6 Discricionariedade

É importante frisar, ainda, que a marcha procedimental do inquérito policial se revela discricionária, pois o delegado de polícia, na presidência da investigação

²¹⁹ O Código de Processo Penal, em seu artigo 17, é expresso no sentido de que o delegado de polícia não poderá determinar o arquivamento dos autos do inquérito policial.

²²⁰ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigos 38, *caput* e parágrafo único, e 39.

criminal, é livre para decidir juridicamente sobre as medidas convenientes e oportunas a serem adotadas para apuração do ilícito penal e sua respectiva autoria, valendo-se do arcabouço de normas que compõe o sistema jurídico.

Discricionariedade, contudo, não se confunde com liberdade absoluta, arbitrariedade ou abuso, é na verdade independência de atuação de uma autoridade pública dentro dos limites que lhe são impostos pelo Direito.

Portanto, tomando conhecimento de um fato supostamente delituoso, deve a autoridade policial formar a sua convicção jurídica fundamentada, concluindo se realmente se trata de um ilícito penal, se é caso de adoção de alguma providência de polícia judiciária e qual a medida processual mais adequada à situação concreta, definindo as diligências investigativas mais convenientes para o esclarecimento da verdade e o momento procedimental mais oportuno para realizá-las.

6.1.7 Razoabilidade

A instauração de inquérito policial ou lavratura de termo circunstanciado de ocorrência decorre da avaliação jurídica sobre a existência de justa causa para a deflagração da investigação criminal. Já a elaboração de boletim de ocorrência, por tratar-se de um documento administrativo *interna corporis*, voltado a formalizar a notícia-crime, só deve ocorrer nos casos em que o fato relatado caracterize, ao menos em tese, uma infração penal.

O Projeto de novo Código de Processo Penal consagra em seu texto a necessidade de exposição de “fundamento razoável”,²²¹ pela autoridade policial, para a deflagração da investigação criminal, justa causa que deve ser demonstrada

²²¹ “Art. 8º. A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.”

expressamente na portaria inaugural do procedimento, a fim de evitar violações a direitos fundamentais.

Reforçando essa garantia processual, no sentido de viabilizar o início legítimo da persecução penal, o mesmo Projeto de Código dispõe que “o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito policial”.²²²

No que tange à privação da liberdade ambulatoria durante a fase investigatória, ou quando da consecução das demais atividades de polícia judiciária, destaca-se a figura do delegado de polícia como “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”,²²³ pois somente decidirá pela prisão cautelar em flagrante delito, concederá a liberdade provisória com fiança, determinará o cumprimento de mandado judicial de prisão ou imporá o recolhimento do condenado capturado ao cárcere quando presentes os pressupostos legais e constitucionais para tanto.

Os artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal preveem as hipóteses flagranciais, vinculando a atuação do delegado de polícia à determinação da prisão em flagrante somente nos casos estritamente previstos na lei processual penal, impondo-lhe uma análise jurídica dos pressupostos que fundamentam as prisões cautelares, quais sejam: prova da materialidade e indícios de autoria (*fumus comissi delicti*) e o risco de se manter em liberdade o indigitado autor de um crime (*periculum in libertatis*).

Por isso, existe a obrigatoriedade de apresentação imediata do capturado à autoridade policial, para que esta analise juridicamente a legalidade, a necessidade e a adequação (proporcionalidade) da medida constritiva de liberdade, tutelando os direitos individuais do suspeito, acusado, réu ou condenado e os demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

²²² Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigo 22.

²²³ Frase de autoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, do Supremo Tribunal Federal, constante do corpo do voto proferido nos autos da ação de *Habeas Corpus* nº 84548/SP (DJe nº 67 de 10.04.2015).

Vemos como inconstitucional a proposta trazida pelo Projeto de novo Código de Processo Penal, em que se passaria a permitir a prisão em flagrante em crimes de ação penal pública condicionada à representação sem que fosse suprida esta condição de procedibilidade, o que hoje configura obstáculo intransponível à adoção de qualquer medida processual penal na fase extrajudicial.²²⁴

A prisão em flagrante delito, como medida cautelar processual penal que é, deve buscar, basicamente, assegurar o direito de acesso ao justo processo, evitando obstáculos ao regular curso da persecução penal.

Por isso, não havendo perspectiva da existência de futuro procedimento investigatório, devido à negativa do ofendido de representar contra o suspeito de autoria do fato para o seu processamento, revelar-se-ia desarrazoado e inconstitucional permitir que alguém fosse preso cautelarmente em flagrante delito “por cinco dias”, conforme proposto no referido Projeto, com base em um auto de prisão em flagrante delito que fatalmente seria arquivado por ausência de condição de procedibilidade para instauração do inquérito policial e da subsequente ação penal.

Ademais, o mesmo Projeto de Código, em seu artigo 46, § 1º, define a *representação* como sendo a “autorização para início da persecução penal”, e no artigo 528 declara que “não será imposta medida cautelar sem que existam indícios suficientes de autoria e materialidade do crime”, o que revela a incoerência da disciplina dispensada ao tema da prisão em flagrante delito na referida iniciativa parlamentar.

Essa proposta confronta com a necessária atuação do delegado de polícia como limitador e conformador da atuação dos agentes de polícia executores da captura (agentes de polícia judiciária, agentes de polícia administrativa de

²²⁴ “Art. 22. O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado, sem prejuízo da possibilidade de prisão em flagrante delito. Parágrafo único. No caso de prisão em flagrante delito, não havendo representação da vítima no prazo de 5 (cinco) dias, o preso será imediatamente colocado em liberdade.”

segurança e, excepcionalmente, particulares nos casos de *flagrante facultativo*²²⁵), decretando, quando cabível, a prisão cautelar em flagrante delito, concedendo a liberdade provisória com fiança ou fazendo cessar a coação ilegal ao direito de liberdade individual.²²⁶

Outra nítida inconstitucionalidade constatada no texto do Projeto de novo Código de Processo Penal é aquela revelada em seu artigo 544, § 2º, que, ao disciplinar a prisão de pessoa perseguida entre áreas territoriais limítrofes de municípios e comarcas distintas, passaria a permitir que a autoridade policial, à qual o detido fosse apresentado, pudesse custodiá-lo pelo prazo de vinte e quatro horas, quando presentes “fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar”, até que restasse esclarecida a dúvida.

Essa medida levaria à ressurreição da abjeta *prisão para averiguação*, veementemente rechaçada pelo constituinte originário de 1988, devido aos abusos praticados nos antecedentes *anos de chumbo*.²²⁷

6.1.8 Judicialidade

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil, em seu artigo 7º, número 5, prevê a obrigatoriedade de apresentação imediata de qualquer pessoa cerceada de seu direito de ir e vir “à presença de um

²²⁵ Denomina-se *flagrante facultativo* aquele realizado por qualquer do povo, no exercício da prerrogativa que lhe é garantida pelo artigo 301 do Código de Processo Penal, de realizar a captura de pessoa surpreendida em flagrante delito e conduzi-la à presença do delegado de polícia.

²²⁶ A disciplina legal básica das hipóteses autorizadoras da prisão em flagrante delito, de sua formalização e do arbitramento de fiança pela autoridade policial é definida pelos artigos 302 a 309 e 322 a 350, todos do Código de Processo Penal.

²²⁷ A Constituição Federal impõe em seu artigo 5º, inciso LXI, a reserva de jurisdição para a supressão da cautelar da liberdade individual ambulatoria, abrindo exceção apenas para a decretação de prisão em flagrante delito pela autoridade policial, com imediata comunicação ao juízo competente.

juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”,²²⁸ no caso do sistema jurídico brasileiro, funções estas, constitucional e legal, atribuídas ao delegado de polícia.

O Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou recentemente o “Projeto Audiência de Custódia” para garantir a apresentação de presos em flagrante delito, no prazo máximo de 24 horas, ao juízo criminal, incumbido este de analisar a legalidade da prisão e a necessidade da custódia cautelar, decidindo pelo seu relaxamento em casos de ilegalidade, concedendo a liberdade provisória com ou sem fiança ou, excepcionalmente, convertendo-a em prisão preventiva, quando presentes os pressupostos definidos na legislação processual penal.²²⁹

Essa medida, que tem como fundamento a efetivação das garantias fundamentais consagradas no Pacto de San José da Costa Rica e na Constituição Federal brasileira, não desnatura a função constitucional do delegado de polícia de atuar como o primeiro *juiz de garantias*, ao qual é submetido o fato, no calor dos acontecimentos, para a análise jurídica dos pressupostos processuais da prisão cautelar em flagrante delito.

A atuação do magistrado na denominada *audiência de custódia* constitui-se em um segundo filtro processual de garantias, previsto no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal e disciplinado pelo artigo 306, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, o que não subtrai da autoridade policial o mister de realizar o primeiro controle de constitucionalidade e legalidade, quando da decisão pela decretação ou não da prisão em flagrante delito e sua respectiva formalização em procedimento próprio, exercendo função judicial por delegação constitucional.²³⁰

²²⁸ “Artigo 7º Direito à liberdade pessoal [...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

²²⁹ Cf. Código de Processo Penal, artigos 310, incisos I a III, parágrafo único, e 312, *caput* e parágrafo único.

²³⁰ Vide nota 181.

Nesse ponto, anda bem o Projeto de novo Código de Processo Penal, quando reconhece a possibilidade de o delegado de polícia deixar de decretar a prisão em flagrante delito ao verificar a inexistência de crime em decorrência de uma excludente de antijuridicidade, consagrando o postulado constitucional da liberdade e zelando pela efetivação do princípio da dignidade humana.²³¹

6.1.9 Sigilosidade

O artigo 20 do Código de Processo Penal prevê que o delegado de polícia imprimirá o sigilo necessário ao inquérito policial, sigilo este que, por caracterizar-se exceção à regra de publicidade prevista no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, só se justifica na atual sistemática constitucional para garantia da intimidade e do interesse social.²³²

O inquérito policial, portanto, revela-se também essencialmente sigiloso, mas não porque é inquisitivo e sim porque, na vigente ordem constitucional, a restrição à sua publicidade se faz necessária para resguardar a imagem das pessoas envolvidas na investigação criminal, para a preservação da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e para levar a bom termo a busca pela verdade.

Fauzi Hassan Choukr, sobre o tormentoso tema da exploração midiática da investigação criminal e seus efeitos deletérios, ressalta que é

impossível deixar de citar o padrão inglês de tratamento, onde a imprensa necessariamente está distante da investigação, impossibilitada de criar contra o suspeito todo um clima de

²³¹ “Art. 522. [...] § 6º O delegado de polícia, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.”

²³² Refletindo a sistemática constitucional, o artigo 10 do Projeto de novo Código de Processo Penal expressa que “toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas”.

prejulgamento, respeitando o seu direito à intimidade e tratando-o como sujeito de direitos e não como objeto de investigação.²³³

O Projeto de novo Código de Processo Penal apresenta avanço nesse tema, ao dispor no parágrafo único de seu já citado artigo 10 que “a autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no *caput* deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação”, e quando também prevê no § 4º do artigo 30 que “nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito policial contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior”.

Não se pode, contudo, negar acesso aos autos do inquérito policial ao investigado, à sua defesa técnica, ao membro do Ministério Público e ao Juízo Natural: aos sujeitos parciais porque tem interesse em fazer valer os seus direitos de ação e de defesa e ao magistrado porque é a Justiça Penal a destinatária final do produto da investigação, cabendo ao Juízo Criminal resguardar os direitos fundamentais em jogo no processo penal.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), em seu artigo 7º, inciso XIV, garante ao defensor o acesso aos autos do inquérito policial, prerrogativa esta reforçada pelo entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.²³⁴

Importante inovação legislativa atinente ao acesso e à atuação da defesa técnica na investigação criminal adveio com a recente promulgação da Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que promoveu alterações significativas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, positivando prerrogativas funcionais

²³³ Op. cit., p. 35.

²³⁴ Súmula Vinculante 14: “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”. Esse entendimento jurisprudencial tende a ser positivado pelo Projeto de novo Código de Processo Penal: “Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material”.

sedimentadas na jurisprudência pátria e decorrentes de nosso modelo de processo penal constitucional democrático, o que abordaremos detalhadamente mais adiante, em tópico relacionado à atuação da defesa no inquérito policial.

O Ministério Público, por seu turno, possui a atribuição constitucional de realizar o controle externo da atividade de polícia judiciária, conforme destacado anteriormente, controle este que tem por objetivo maior resguardar o exercício do direito de punir do Estado por intermédio da futura ação penal. Por isso, dispõe de acesso irrestrito aos autos do inquérito policial.

O magistrado também exerce o controle externo das atividades de polícia judiciária, conforme já dissertamos, visto que a investigação criminal deságua naturalmente no Juízo Penal. Por conta disso, o *juiz natural* tem acesso irrestrito aos autos do inquérito policial e durante o seu trâmite exerce a nobre função de *juiz de garantias*.

Por fim, ressaltamos que os atos probatórios realizados na fase extrajudicial, mesmo que orais, devem ser necessariamente documentados nos autos do inquérito policial, a fim de que sejam formalizados procedimentalmente.²³⁵ Isto porque a autoridade policial que preside a investigação criminal não participa da fase judicial da persecução penal, não sendo, portanto, parte da relação jurídica processual penal.

Eventualmente poderá o delegado de polícia, ou seus agentes, figurar como testemunha, na condição de auxiliar da Justiça, mas nunca como sujeito processual da fase judicial, já que se deve preservar, de todas as formas, a necessária separação de funções entre os atores da Justiça Criminal, imposta pelo modelo constitucional-democrático de processo penal.

²³⁵ Cf. Código de Processo Penal, artigo 9º.

6.2 Ampla defesa e contraditório mitigado

A Constituição Federal de 1988 declara que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.²³⁶

Nas Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 a garantia da defesa estava ligada ora à nota de culpa e ora à instrução criminal. Essa vinculação levava à interpretação de que a garantia era destinada apenas à fase judicial do processo penal.

Contudo, o novo tratamento dado a esta garantia pela Constituição Federal vigente afastou qualquer dúvida a esse respeito, revelando que a garantia de defesa se estende a todos os procedimentos que, de alguma forma, traduzem interesses contrapostos e possam limitar direitos fundamentais.

Diante dessa sistemática processual penal, o investigado não pode mais ser visto como objeto de investigação, mas sim como sujeito de direitos, destinatário que é de uma série de garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

No início da investigação criminal surge a figura do suspeito, contra quem emergem frágeis indícios da prática do delito. A condição a ele atribuída decorre de um juízo de possibilidade construído pelo delegado de polícia, juízo este que pode evoluir para a probabilidade de autoria do crime, consubstanciado nos elementos de prova colhidos durante o trâmite do inquérito policial, culminando no indiciamento.

²³⁶ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Portanto, investigado em inquérito policial é aquele sobre o qual recai a suspeita da prática do ilícito penal, estando ou não formalizada essa suspeita no ato de indiciamento.²³⁷

Antonio Scarance Fernandes, ao analisar a imputação em sentido amplo na investigação criminal, argumenta que

melhor seria que a imputação, com a conseqüente definição de imputado, fosse sempre formalizada em ato determinado, fixado pela lei. Como isso nem sempre acontece deve-se permitir ao investigado o direito de, quando faltar aquele ato e estiver sendo tratado como provável autor do crime, exigir a observância dos seus direitos como imputado.²³⁸

Nesta linha de pensamento, pouco importa se o verdadeiro suspeito da prática de um crime foi instado pela autoridade policial a participar de determinado ato procedimental na condição de testemunha, simplesmente para prestar esclarecimentos ou, ainda, para ser interrogado como indiciado.

Independentemente da posição ocupada pelo indivíduo na investigação, recaindo sobre ele a suspeita, mesmo que velada, deverão ser resguardados os seus direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, como a ampla defesa e o contraditório mitigado, pois a simples suspeita, por si só, revela a possibilidade, mesmo que remota, de formalização de uma futura acusação e de uma eventual condenação.

Nesse ponto, destaca-se ainda o escólio de Antonio Scarance Fernandes, para quem

a falta de indiciamento, contudo, não representa para a pessoa que está sendo inquirida como testemunha; pode a autoridade deixar de realizar o indiciamento formal a fim de impedir o suspeito de exercer os direitos reservados ao indiciado, mas, na realidade, atribui à pessoa a prática da infração, como se constata pela própria maneira como a autoridade conduz a investigação e ela é tratada.

²³⁷ Nesse sentido foi redigido o artigo 9º do Projeto de novo Código de Processo Penal: “Art. 9º Para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de ‘investigado’ a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação”.

²³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

Neste caso, a pessoa tem o direito de requerer que seja ouvida como indiciada, podendo utilizar, por exemplo, o direito ao silêncio.²³⁹

A ampla defesa não é vista hoje somente como um direito subjetivo, mas sim como uma garantia individual do investigado ou acusado, de um lado, e garantia objetiva ao justo processo, de outro, em prol do interesse público.²⁴⁰

Apesar de figurarem no mesmo imperativo constitucional, a doutrina apresenta posições divergentes sobre a relação entre a ampla defesa e o contraditório.

José Afonso da Silva defende que o direito de defesa deriva do contraditório, pois este último garante o primeiro.²⁴¹ Isso porque, constituindo o contraditório em “informação e reação, seria por meio dele que o acusado teria a necessária ciência da acusação, podendo assim preparar a sua defesa”.²⁴²

Assim também entende Nelson Nery Júnior, para quem

o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.²⁴³

Por outro lado, Vicente Greco Filho afirma que

o contraditório pode ser definido como meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.²⁴⁴

²³⁹ Ibidem, p. 125.

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Conteúdo da Garantia do Contraditório. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990, p. 8.

²⁴¹ Op. cit., p. 372.

²⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 254.

²⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.

²⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

Nessa mesma linha, Rogério Lauria Tucci sustenta que da ampla defesa, como garantia constitucional, decorrem as seguintes realidades procedimentais: “a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da inculpabilidade*)”.²⁴⁵

Portanto, para Vicente Greco Filho e Rogério Lauria Tucci o contraditório insere-se dentro da ampla defesa e não o contrário, isso porque este último é a exteriorização da própria defesa.

Antonio Scarance Fernandes, por seu turno, defende que não existe primazia ou derivação entre as garantias do contraditório e da ampla defesa, que, apesar de estarem intimamente ligadas, constituem manifestações da garantia genérica do devido processo legal e se concretizam simultaneamente, a fim de dar plena eficácia à garantia maior da qual derivam.²⁴⁶

Cláudio José Langroiva Pereira esclarece que

sob esta ótica a figura do contraditório supõe a oportunidade oferecida à parte de defender o direito almejado, apresentando e contrapondo-se às provas, em claro exercício do já mencionado direito à ampla defesa [...]. Incluem-se, assim, dois elementos identificadores do contraditório consubstanciados na ciência dos atos processuais e na possibilidade equilibrada de contraposição destes atos, concluindo-se que a existência da própria relação jurídica no processo é efeito da instrumentalização técnica, exigida juridicamente pela aplicação do princípio constitucional do contraditório.²⁴⁷

Conclui-se, portanto, que a todo ato produzido caberá igual direito à parte interessada dele tomar ciência, de opor-se ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa, auxiliando na produção de provas e contraprovas. Sendo assim, para que se efetive o direito de defesa é imprescindível a observância da garantia do contraditório.

²⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 156.

²⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 255.

²⁴⁷ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Princípio...*, p. 16-17.

Destarte, o paralelismo entre o direito de ação e o direito de defesa e a natural contraposição entre acusador e acusado, impõem, na fase judicial do devido processo penal, um contraditório pleno, efetivo e abrangente, de forma a proporcionar o equilíbrio de forças entre o membro do Ministério Público (Estado-acusação) e o defensor técnico, que exercem funções essenciais à Justiça, auxiliam na busca da verdade e na concretização do justo processo.

Marco Antonio Marques da Silva, ao discorrer sobre o direito de acesso à Justiça Penal, aduz que

na fase investigatória, pairam dúvidas sobre a possibilidade do contraditório no inquérito policial. Entendemos, entretanto, que mesmo que se considere inquisitorial esta fase, nada obsta que o indiciado seja informado de seu direito de defesa, através de um advogado e este participe da formação da culpa indiciária, inclusive apresentando documentos e testemunhos que inocentem o indiciado.

É uma analogia ao que prevê o art. 5º, LXIII da Constituição Federal, que, expressamente, determina seja o preso informado de seu direito à assistência de um advogado. De igual modo, há a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, no mesmo artigo, inciso LV, que se aplica, na atualidade, inclusive nas sindicâncias e inquéritos administrativos, não se exigindo para o inquérito policial, apesar de cercear a liberdade dos cidadãos.²⁴⁸

Há de se ressaltar, contudo, que no inquérito policial o Ministério Público e o investigado e sua defesa técnica ocupam a posição de sujeitos parciais na relação jurídica estabelecida entre o Estado e o indivíduo, o que impõe seja garantido também o contraditório durante a instrução dos autos que formalizam a investigação criminal, pois tais elementos de prova podem fundamentar o arquivamento dos autos do inquérito, o acolhimento da acusação formal ou a sua rejeição, a resposta defensiva à acusação, a absolvição sumária do réu e a sentença absolutória ou condenatória ao termo do processo-crime.²⁴⁹

Rogério Lauria Tucci afirma que

a contrariedade 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

²⁴⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso...*, p. 132.

²⁴⁹ Código de Processo Penal, artigos 18, 395, inciso III, 396 e 396-A, 397, incisos I a IV e artigo 155.

nenhuma hipótese, em “mero requisito formal”; e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de nulidade dos atos procedimentais praticados sem a efetiva assistência do defensor técnico constituído pelo indiciado, ou público (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF).²⁵⁰

Fernando da Costa Tourinho Filho, embora se posicione expressamente contra a existência de contraditório e ampla defesa no inquérito policial, admite que “poder-se-ia, todavia, permitir que naquelas perícias que, pelo passar do tempo, não pudessem ser renovadas, a defesa tivesse a oportunidade de formular quesitos”.²⁵¹

Contudo, para fazer valer as normas-princípio processuais constitucionais, não basta apenas a adoção do contraditório durante a realização de perícias em sede de inquérito policial. É necessária sua extensão para os demais atos de cunho probatório que compõem o procedimento,²⁵² pois estes, da mesma forma, podem se mostrar impossíveis de ser renovados,²⁵³ fundamentar uma decisão judicial cautelar que venha a limitar direitos do investigado ou, até mesmo, alicerçar o decreto condenatório ou absolutório do réu da ação penal, como sói acontecer na praxe judicial.

Forçoso concluir, portanto, que o contraditório deve sim ser garantido na primeira fase da persecução penal, contudo, de forma mitigada, em sua faceta de direito à informação e à produção legítima da prova. Isso porque a investigação criminal não encerra juízo condenatório ou absolutório em relação ao investigado, mas os elementos de prova nessa fase coligidos podem influenciar na convicção do órgão julgador.

Cláudio José Langroiva Pereira sustenta a existência de uma dupla categoria de provas produzidas em sede de inquérito policial, ambas exigindo a garantia do contraditório para a sua licitude no processo penal:

²⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 304.

²⁵¹ Op. cit., p. 248.

²⁵² Nesse sentido, caminha o Projeto de novo Código de Processo Penal: “Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”.

²⁵³ A exemplo da impossibilidade de se renovar provas orais nos casos de falecimento ou desaparecimento de testemunhas.

A primeira categoria revelando um conjunto de provas que, por sua própria natureza de ato de investigação, estão impedidas de uma posterior produção em juízo, devendo com base na legalidade respeitar, quando de sua realização, o princípio do contraditório, com plena participação do acusado.

Uma segunda categoria diria respeito à impossibilidade de reprodução de prova obtida antes da fase judicial, em razão de acontecimentos posteriores que a impedem materialmente e definitivamente. Nesta hipótese, sua forma de produção não impediria seu aproveitamento, respeitados certos limites de valoração, desde que possibilitada em juízo uma manifestação de ambas as partes a seu respeito, onde seu reflexo documental, como no caso das perícias médicas, poderia estar revestido de publicidade suficiente a uma análise sob o crivo do contraditório.²⁵⁴

Desse modo, o contraditório mitigado no inquérito policial consiste no tratamento paritário entre os sujeitos parciais, garantindo acesso aos autos ao órgão do Ministério Público e à defesa técnica,²⁵⁵ a possibilidade de requisitar e requerer diligências²⁵⁶ e “o direito à prova legitimamente obtida ou produzida”,²⁵⁷ ou seja, de acompanhar efetivamente a instrução probatória do inquérito policial, atendendo ao binômio *ciência/participação* de forma adequada às peculiaridades da investigação criminal.

André Ramos Tavares esclarece que “na realidade, a paridade de ‘armas’ tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária. É, em realidade, o próprio contraditório”.²⁵⁸

Trata-se, portanto, do exercício de prerrogativas inerentes aos direitos de ação e de reação defensiva à futura acusação, que são manifestações do princípio do contraditório. Sendo assim, em todos os momentos procedimentais em que há a participação ativa do órgão acusador no inquérito policial, dever-se-á também possibilitar a atuação da defesa técnica, notificando-a para que tome ciência das diligências requisitadas pelo Ministério Público e acompanhe a produção probatória, caso repute conveniente.

²⁵⁴ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Princípio...*, p. 22.

²⁵⁵ O já citado verbete da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal respalda esse entendimento.

²⁵⁶ Cf. Código de Processo Penal, artigos 13, inciso II, e 17.

²⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 156.

²⁵⁸ Op. cit., p. 596.

Por outro lado, o contraditório pleno em relação às provas produzidas nos autos do inquérito policial fica diferido à fase judicial da persecução penal, momento em que a acusação e a defesa, nos autos da ação penal, poderão estabelecer amplo debate dialético, declinando suas teses jurídicas e apontando os elementos probatórios que as fundamentam, no mesmo patamar de igualdade que lhes foi garantido desde a fase de investigação criminal.

Por fim, importante ressaltar que não há direito de contraditar os atos procedimentais praticados pelo delegado de polícia, pois este não é sujeito parcial da relação jurídica estabelecida no inquérito policial, atuando de forma imparcial e isenta na presidência do feito, com a finalidade precípua de elucidar a verdade e não de acusar ou defender o investigado.

Nos autos do inquérito policial a autoridade policial age como um verdadeiro órgão instrutor, guardadas as devidas proporções de sua atuação não jurisdicional. A impossibilidade jurídica de contraditar os atos da autoridade, por óbvio, não afasta o exercício do controle de legalidade que sobre estes recai, visto que o delegado de polícia, como agente público, deve exercer suas funções com estrita observância aos ditames do Direito.

6.2.1 Atuação da defesa técnica e autodefesa

A garantia constitucional da ampla defesa abrange o direito à defesa técnica e à autodefesa, que são vertentes diversas e complementares da mesma garantia.²⁵⁹

²⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 257.

O Código de Processo Penal, reafirmando a garantia constitucional, impõe a obrigatoriedade de nomeação de defensor técnico a todo o *acusado* em processo penal.²⁶⁰

Antonio Scarance Fernandes afirma que

a defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o acusado escolher defensor de sua confiança.²⁶¹

Como forma de instrumentalizar o exercício do direito de defesa técnica, a Constituição Federal reconhece a advocacia como função essencial à atividade jurisdicional do Estado e determina a criação das Defensorias Públicas, outorgando-lhes algumas garantias funcionais indispensáveis ao desempenho de suas funções.²⁶²

Cláudio José Langroiva Pereira ressalta que

a indeclinável função do advogado, profissional devidamente habilitado com capacidade postulatória, em contraposição ao Ministério Público, a todo o momento deve ser lembrada como forma de igualdade processual e garantia de ampla defesa, e contraditório, efetivos, seja de nomeação ou constituição, seja na forma de autodefesa.²⁶³

A defesa técnica exerce papel de extrema relevância na investigação criminal, tutelando os direitos fundamentais do investigado durante toda a primeira fase da persecução penal. Essa atuação não se restringe, portanto, à fase judicial, mas se estende também ao inquérito policial e é irrenunciável quando imposta por lei processual penal.

Diante do imperativo constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa e das previsões contidas nos artigos 14 e 159, § 3º, do Código de Processo

²⁶⁰ O artigo 261 do Código de Processo Penal é complementado pelos artigos 263 e 265 do mesmo diploma legal, que impõem a nomeação obrigatória de defensor dativo no caso de ausência de defensor constituído e a irrenunciabilidade do múnus defensivo, tudo sob pena de nulidade do processo (CPP, art. 564, inc. III, "c").

²⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 257.

²⁶² Cf. Constituição Federal, artigo 133 e 134, §§ 1º e 2º.

²⁶³ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Princípio...*, p. 14.

Penal, não se sustenta mais qualquer tentativa de afastar o exercício da defesa técnica do inquirido policial.

É o que destacam André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan:

Segundo a Corte Suprema da Alemanha, o Advogado exerce uma “profissão de confiança ligada ao Estado, que lhe outorga uma posição similar à dos funcionários obrigados quanto à verdade e à justiça”. Igualmente, entre nós, restou assentado constitucionalmente ser o Advogado imprescindível à administração da Justiça, a qual, na figuração de instrumento de aplicação da pena criminal, também vem exercida pelos órgãos estatais incumbidos (ou auto-investidos mesmo extralegalmente) na função de polícia judiciária, inexorável o seguinte desenlace silogístico: a ação do defensor é, também absolutamente indispensável no estágio de investigação pré-judicial da infração penal.²⁶⁴

Rogério Lauria Tucci também é enfático ao afirmar que

é imprescindível à consecução da *garantia de acesso à Justiça Criminal* a outorga, pelo Estado, de *defensoria técnica*, especialmente aos “acusados em geral”. E isso, quer já esteja formalizada a acusação, quer a pessoa necessitada sofra, de logo, os efeitos da iniciação de persecução penal em que, de algum modo, lhe seja imputada a autoria de fato penalmente relevante. Trata-se, aliás, de orientação que se universaliza, como demonstram os mais autorizados analistas do tema, ao enfatizar que “a efetividade dessa *garantia* deve ocorrer desde a fase pré-processual, de natureza investigatória, em que coligidas as provas a serem utilizadas no *iudicium* sobre a inocência ou a culpabilidade do indigitado autor da infração penal, subseqüentemente acusado”.²⁶⁵

Nessa linha de interpretação, paradigmática foi a redação dada ao artigo 306 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, em que o legislador ordinário fez inserir no § 1º do referido dispositivo a obrigatoriedade de encaminhamento de cópia integral do Auto de Prisão em Flagrante Delito à Defensoria Pública, nos casos em que o autuado não dispuser de defensor próprio.

Conforme destacamos, recentemente foi promulgada a Lei nº 13.245/2016, que alterara artigo 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), reconhecendo a prerrogativa do defensor técnico de atuar obrigatoriamente

²⁶⁴ Op. cit., p. 7.

²⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 96.

em qualquer procedimento que formalize uma investigação criminal, sob pena de nulidade deste, medida de extrema importância para concretização da garantia do devido processo penal e seus consectários.²⁶⁶

Além disso, a referida inovação legislativa garante ao defensor acesso aos autos de prisão em flagrante e demais procedimentos investigatórios, mesmo que não disponha de procuração para representar quaisquer dos envolvidos,²⁶⁷ prerrogativa esta que se busca reforçar no Projeto do novo Código de Processo Penal, o qual dispõe, em seu artigo 61, que “o defensor poderá ingressar no processo ou atuar na fase de investigação ainda que sem instrumento de mandato, caso em que atuará sob a responsabilidade de seu grau”.

Ressalte-se que a Lei nº 13.245/2016 também incluiu o § 10 no artigo 7º da Lei nº 8.906/1994²⁶⁸, exigindo formal instrumento de mandato para acesso do defensor aos procedimentos investigatórios de cunho sigiloso, entendidos estes como sendo os feitos em que a autoridade policial ou judicial – ou outro agente público que detenha atribuição constitucional e legal para presidi-lo –, tenha decretado o sigilo absoluto dos autos, em decisão fundamentada, que encontre motivação na preservação dos direitos individuais das partes envolvidas ou no interesse público de bom termo das diligências.

Essas medidas ressaltam a posição que o investigado ocupa de titular de direitos na primeira fase da persecução penal, podendo exercer sua ampla defesa no inquérito policial, inclusive contando com a assistência técnico-jurídica de um advogado público ou privado.

²⁶⁶ “Art. 7º [...] XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; b) (VETADO).”

²⁶⁷ “Art. 7º [...] XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;”

²⁶⁸ “§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”.

Contudo, não se mostra suficiente para fazer valer a referida garantia apenas a nomeação de defensor técnico nos atos do inquérito policial ou outro procedimento investigatório da mesma natureza. A atuação deste deve ser efetiva, no sentido de revelar o seu empenho na assistência do investigado.²⁶⁹

Mais uma vez nos valem os escritos de Rogério Lauria Tucci, para melhor explicar a extensão da atuação da defesa técnica no inquérito policial:

Ora, *assistência de advogado*, não só ao preso, como ao indiciado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, não significa assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, *assistência técnica*, na acepção jurídica do termo, qual seja a de *atuação profissional de advogado*.²⁷⁰

Isso revela a necessidade de uma atuação proativa do defensor no curso da investigação criminal, zelando pelos direitos fundamentais do investigado e auxiliando no esclarecimento da verdade, agindo, assim, como verdadeiro órgão essencial à função jurisdicional do Estado.

Contudo, Antonio Scarance Fernandes sustenta que

se a participação da defesa é ponto incontroverso, a dificuldade está em delimitar o âmbito dessa participação, não nos parecendo que se trata de participação em contraditório, mas a que proporciona ao advogado o direito à ampla ciência das atividades de investigação desenvolvidas, podendo efetuar requerimentos e usar de todos os mecanismos do sistema em favor do investigado: pedido de relaxamento de prisão em flagrante, pedido de liberdade provisória, impetração de habeas corpus.²⁷¹

Ousamos discordar do posicionamento do respeitável processualista, pois entendemos que, sendo facultado ao defensor requerer diligências, acompanhar a execução dos atos de investigação que não estejam submetidos ao sigilo necessário e indispensável, ter acesso aos autos para ciência dos fatos ali apurados e tomar conhecimento dos elementos de prova colhidos, fica

²⁶⁹ O Código de Processo Penal, em seu artigo 261, parágrafo único, com nova redação dada pela Lei nº 10.792/2003, deixa clara a preocupação do legislador em fazer valer a garantia constitucional de assistência jurídica, ao determinar que o defensor público ou dativo deve exercer a defesa técnica sempre de forma fundamentada.

²⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, p. 96-97.

²⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 260.

caracterizado sim o exercício do contraditório na investigação criminal, não em seu aspecto pleno, mas mitigado as peculiaridades da fase extrajudicial da persecução penal.

Inclusive, desse direito ao contraditório mitigado, que se constitui em elemento essencial ao exercício da ampla defesa, decorre, conforme já destacamos, o direito à prova legitimamente produzida, garantia esta que legitima a participação efetiva do órgão defensor na instrução probatória do inquérito policial.

É o que destaca André Augusto Mendes Machado:

Dos princípios do contraditório e da ampla defesa deriva o direito à prova, que pode ser assim conceituado: a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, a fim de formar o convencimento judicial, por meio da coleta dos dados que entenderem pertinentes e relevantes, bem como da participação nos atos probatórios e manifestação sobre o seu resultado.²⁷²

Propondo um grande avanço legislativo nesse tema, o Projeto de novo Código de Processo Penal prevê a atuação direta da defesa na produção probatória em sede de inquérito policial, permitindo a identificação e a coleta de provas pelo investigado, por intermédio de seu advogado ou de mandatário autorizado, e a possibilidade de que estas sejam encartadas nos autos do inquérito policial, após a aferição de sua pertinência pela autoridade policial.²⁷³

Isso revela que a previsão legal hoje vigente de possibilidade de indeferimento do requerimento de diligências, apresentado pelo investigado ou seu defensor técnico durante o trâmite do inquérito policial, não traduz uma discricionariedade absoluta do delegado de polícia, pois deve este analisar a solicitação com imparcialidade, isenção e parcimônia, indeferindo-as somente quando se mostrarem ilegais, impertinentes, protelatórias, tumultuárias ou nada

²⁷² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

²⁷³ “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. [...] § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.”

puderem agregar para a apuração da verdade, sob pena de incorrer em cerceamento do direito de defesa.²⁷⁴

Outro não é o entendimento de Antonio Scarance Fernandes, para quem

o Código de Processo Penal possibilita ao indiciado o requerimento de qualquer diligência, que “será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Esta não deve admitir diligências protelatórias e desnecessárias, mas se for diligência importante não deve a autoridade policial impedir a sua realização, principalmente porque, no sistema brasileiro, não há, como na legislação italiana, direito de o próprio indiciado realizar investigações para introduzi-las nos autos.²⁷⁵

Coloca-se o delegado de polícia, portanto, em uma posição muito próxima daquela ocupada pelo magistrado no processo judicial, quando da apreciação desses requerimentos, possuindo uma liberdade balizada pelo Direito para construir um juízo de legalidade, necessidade, relevância e viabilidade da diligência solicitada, de forma a consagrar o direito de defesa e, por outro lado, também de impedir que a investigação seja prejudicada pelo abuso de direito.²⁷⁶

A autodefesa, por sua vez, é aquela exercida pelo próprio investigado nos autos do inquérito policial. Esta garantia se manifesta por intermédio do direito de audiência (interrogatório ou outras formas de oitiva), do direito de presença (se fazer presente nos atos procedimentais) e do direito de postular pessoalmente (requerer diligências no inquérito policial, representar contra os eventuais atos ilegais da autoridade policial e seus agentes e impetrar *habeas corpus*).

²⁷⁴ Sobre esse tema, o Projeto de novo Código de Processo Penal dispõe: “Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade”.

²⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *A Reação...*, p. 132.

²⁷⁶ O Projeto de Lei da Câmara nº 78/2015, que deu origem à Lei nº 13.245/2016, utilizava o termo “requisição” para se referir ao pedido de diligências apresentado pelo defensor técnico no procedimento investigatório. Todavia, quando de sua conversão em Lei, o texto foi vetado nesse ponto, sob os seguintes fundamentos: “Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.”

É primordialmente por intermédio do uso da palavra que o suspeito exerce o seu direito de autodefesa perante a autoridade que preside a investigação criminal.²⁷⁷ Contudo, falar constitui-se em direito renunciável, já que o indigitado autor do delito pode optar por permanecer calado, sem que lhe seja imposta qualquer consequência processual, visto a garantia constitucional de presunção de inocência que lhe ocorre e da qual decorre uma série de prerrogativas relacionadas ao ônus probatório, que abordaremos a seguir.

6.3 Reflexos da presunção de não culpabilidade

Conforme já abordamos, o princípio da presunção de inocência, garantia constitucional inexpugnável, impõe o ônus da prova no processo penal ao órgão acusador, sendo vedado que se imponha ao indivíduo, pela via legal ou judicial, a obrigação de produzir provas contra si mesmo, subvertendo a garantia fundamental prevista na Carta Maior.²⁷⁸

Medidas temerárias e confrontantes com a referida presunção constitucional de não culpabilidade são aquelas adotadas hodiernamente pelo poder público, quando institui *programas de recompensas* e de *denúncias anônimas*, como forma de identificar e prender supostos autores de delitos.

Essas medidas muitas vezes permitem que pessoas sejam apontadas como criminosas de forma maliciosa, por indivíduos inescrupulosos, que se motivam por sentimentos reprováveis de vingança, inveja, etc., gerando a submissão de inocentes aos gravames das atividades de persecução penal.

²⁷⁷ O Projeto de novo Código de Processo Penal busca expressar esse direito: “Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída. Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada”.

²⁷⁸ Cf. Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII.

Por outro lado, esses instrumentos acabam gerando uma inversão do ônus da prova que recai sobre a acusação no processo penal, dirigindo-o ao indivíduo que teve sua *cabeça colocada à prêmio* ou àquele que foi *delatado anonimamente*, que passa a ter de produzir prova de seu não envolvimento na prática criminosa, tendo seus direitos à personalidade violados e vendo-se impossibilitado de responsabilizar aquele que, às escuras, o *denunciou caluniosamente*.

O Código Penal, em seus artigos 339, 340 e 341, define a *denúncia caluniosa* e a *comunicação falsa de crime ou contravenção* como fatos delituosos, pois tais condutas ferem o bem jurídico “Administração da Justiça”, e a sua tipificação é voltada a tutelar a garantia constitucional do devido processo penal. O anonimato das delações torna impossível a responsabilização penal pela prática desses crimes e impossibilita também a imposição de responsabilidade civil pelo dano causado à imagem das pessoas injustamente apontadas como criminosas.

Portanto, essas medidas de segurança pública utilitaristas caracterizam-se como atentatórias aos princípios e valores constitucionais do Estado Democrático de Direito e, em última análise, revelam a incompetência do Estado em estruturar e administrar, por meios próprios, de forma eficiente e juridicamente segura, o seu aparato de investigação criminal, tendo de recorrer a expedientes paliativos, como a utilização de particulares para a realização de atividades que lhe são típicas.

Os Poderes da República têm a obrigação constitucional de estruturarem seus órgãos para a consecução de suas atividades fins, não podendo entregar-se à desídia e à incompetência administrativas, em prejuízo aos interesses da sociedade e aos mandamentos constitucionais que lhes são dirigidos, sucateando as instituições que compõem o aparato de Justiça Criminal e abandonando os cidadãos à sua própria sorte.

6.3.1 Silêncio, confissão e delação

A Constituição Federal expressa o direito daquele sobre o qual recai a medida cautelar de prisão em flagrante delito de permanecer calado, prerrogativa esta inerente a todos os destinatários de uma suspeita ou imputação, durante a instrução probatória provisória ou definitiva.²⁷⁹ Esse direito constitui a chamada autodefesa negativa.

Calar-se, portanto, revela-se como uma prerrogativa do investigado, acusado ou réu, passando a existir o correspondente dever do órgão estatal de cientificá-lo da extensão dessa garantia, sob pena de nulidade do ato por violação do texto constitucional e também legal.²⁸⁰

Obviamente que durante a investigação criminal também deve ser respeitado o direito ao silêncio, até porque todas as normas-princípio constitucionais e disposições legais que se referem às atividades de produção probatória são aplicáveis ao inquérito policial e adaptáveis às suas peculiaridades.

Pode, então, o suspeito invocar o direito ao silêncio quando for instado a falar sobre os fatos apurados nos autos do inquérito policial e, caso decida manifestar-se, não poderá sofrer nenhuma consequência jurídica pela falta da verdade.

Ademais, o interrogatório do indigitado autor de um delito constitui, só eventualmente, meio de prova, erigindo-se ao nível de meio de defesa, sendo perfeitamente lícito ao interrogado valer-se do direito ao silêncio em qualquer fase da *persecutio criminis*, sendo vedada a utilização de expedientes que descaracterizem a essência espontânea do direito de ser ouvido.

Na fase extrajudicial da persecução penal, assim como ocorre na fase judicial, o interrogatório do indiciado deve ocorrer após o depoimento das

²⁷⁹ Cf. Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII.

²⁸⁰ Essa garantia já se encontra expressa no vigente Código de Processo Penal, em seu artigo 186, *caput*, e parágrafo único.

testemunhas e as declarações da vítima, a fim de que o primeiro tome conhecimento do conteúdo destas últimas oitivas e possa exercer, de forma plena e espontânea, o seu direito de defesa.

O único prejuízo que do silêncio pode advir ao indivíduo é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que lhe é disponibilizada por intermédio do interrogatório. Quanto ao uso desta faculdade, o único arbítrio deve ser a sua consciência, pois a liberdade deve ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um ser humano e mais delicado para a tutela de sua dignidade.

Decorre, também, do princípio da presunção de inocência o direito subjetivo do investigado de não se autoincriminar, expressado na máxima latina *nemo tenetur se detegere*.

Cabe ao Estado o ônus da prova de solidez de sua imputação, não podendo impor ao suspeito a prática de um delito que atue no sentido de provar sua culpa ou que, por outro lado, prove sua inocência diante da inexistência de qualquer indício que respalde o *jus puniendi*.

Maria Elizabeth Queijo apresenta esclarecedor texto sobre o tema:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.²⁸¹

Por conta disso, a confissão é considerada um meio de prova relativo, assim como todos os demais meios de prova passíveis de produção no processo

²⁸¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

penal. Não existe hierarquia de provas no direito processual penal contemporâneo e a valoração dos elementos colhidos deve ser realizada em conjunto.

Vários podem ser os motivos que levam à confissão de um indivíduo, lícitos ou ilícitos, espontâneos ou provocados. Por isso, este meio de prova deve ser analisado também com parcimônia durante a investigação criminal, para que não se tome decisões açodadas e dissonantes dos objetivos maiores do inquérito policial, que são o resguardo de direitos fundamentais e a busca da verdade.²⁸²

Portanto, mesmo havendo confissão do imputado em relação à prática delitiva, podem os demais elementos de prova apontar para o sentido contrário, levando à decisão do delegado de polícia de não indiciar o suspeito no procedimento iniciado por portaria ou deixar de lhe impor prisão cautelar no caso de suposto flagrante delito.

Por outro lado, quando o investigado da prática de uma infração penal manifesta-se nos autos do inquérito policial imputando a outrem a autoria delitiva, poderá ser responsabilizado criminalmente caso se apure a falsidade dessa delação. É que na batalha travada entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do indivíduo, não se mostra proporcional que este último atue no sentido de incriminar terceiros, já que pode valer-se da autodefesa ou do direito ao silêncio para desvencilhar-se da suspeita que sobre ele recai.

Esse mesmo entendimento prevalece caso o investigado se autoacuse falsamente, pois, na verdade, apesar de figurar no procedimento como suspeito, não é ele o verdadeiro autor de ilícito penal. Em casos como este poderá o indivíduo ser responsabilizado pela falsa comunicação de crime ou pela autoacusação falsa, pois existe o dever legal de todo cidadão de colaborar e de não obstruir a administração da Justiça.²⁸³

²⁸² O artigo 197 do Código de Processo Penal é expresso no sentido de que a confissão deve ser cotejada com outros elementos de prova, não se constituindo, isoladamente, em prova cabal de culpabilidade.

²⁸³ Cf. Código de Processo Penal, artigos 340 e 341.

Nesse sentido, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

O réu é livre para mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Essa liberdade, porém, é concedida apenas em benefício de sua defesa, pois se ele atribui a si próprio crime inexistente ou praticado por outrem, comete o delito de auto-acusação falsa.²⁸⁴

Decorre, também, do mesmo direito fundamental ora tratado, a prerrogativa do investigado de se negar a atuar em atos procedimentais que exijam sua participação ativa e possam redundar em autoincriminação. Portanto, não é ele obrigado, por exemplo, a participar ativamente da reconstituição do crime, a fornecer material biológico ou gráfico para exames periciais e a submeter-se a exame de etilômetro.

Ressalte-se que o direito atribuído ao imputado de não se autoincriminar não impede que a Polícia Judiciária utilize as mais variadas técnicas de investigação, valendo-se do aparelho estatal a ela destinado para coletar os elementos indispensáveis à busca da verdade, mesmo que para isso exija a presença física do investigado.

O que se quer dizer é que o suspeito não pode se negar a comparecer perante a autoridade policial quando formalmente convocado, pois constitui obrigação legal daquele que está sendo submetido à investigação de se colocar à disposição do Estado durante o trâmite do procedimento.

Antonio Scarance Fernandes defende posicionamento contrário, sustentando que “o direito à autodefesa é renunciável, não podendo o acusado ser obrigado a comparecer ao interrogatório ou a outros atos processuais”.²⁸⁵

Não obstante esse posicionamento, entendemos que a não observância de tal sujeição pode ensejar a condução coercitiva, a responsabilização por crime de desobediência e até mesmo a decretação de prisão temporária ou preventiva do investigado, caso estas duas últimas medidas se mostrarem indispensáveis à

²⁸⁴ Op. cit., p. 282.

²⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, p. 265.

investigação criminal ou à garantia de aplicação da lei penal e sejam propostas pela autoridade policial ao Juízo competente.

Isso porque o delegado de polícia, no regular exercício do poder de polícia judiciária, pode necessitar da presença do suspeito para submetê-lo ao reconhecimento pessoal, identificá-lo criminalmente, com a coleta de seu material datiloscópico, e interrogá-lo sobre seus dados qualificativos. Por isso, o investigado tem a obrigação de participar desses atos, que não constituem qualquer violação aos princípios constitucionais processuais e lhe são impostos pela legislação vigente.

A nova Lei de Combate às Organizações Criminosas trouxe uma curiosa hipótese de renúncia expressa ao aqui tratado direito de autodefesa, dispondo que o *colaborador*, nos depoimentos que prestar, poderá abdicar do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade.²⁸⁶

Trata-se de hipótese em que o investigado ou acusado de participar de organização criminosa, pretendendo beneficiar-se do instituto da *delação premiada*, passa a testemunhar contra os demais integrantes da estrutura organizacional, revelando a atuação de cada um deles e os crimes que praticaram, passando, inclusive, pela sua autoincriminação.

Esse dispositivo revela a amplitude da garantia constitucional da presunção de inocência, que possibilita o exercício do direito ao silêncio mesmo naquelas hipóteses em que o indivíduo estiver figurando como testemunha de fatos delituosos nos quais tenha atuado, para deletar os demais coautores e partícipes.

Nesse caso, exige-se a expressa renúncia do direito ao silêncio, o que denota que a prerrogativa de permanecer calado constitui manifestação do direito de autodefesa, dela não podendo decorrer quaisquer consequências negativas ao investigado.

²⁸⁶ Cf. Lei nº 12.850/2013, artigo 4º, § 14.

Oportuno destacar, neste ponto, que não pode o instrumento legal de *barganha criminal* ser utilizado como o único ou principal meio de apuração da verdade em relação aos fatos delituosos.

Durante o trâmite do procedimento investigatório deve a autoridade policial realizar as suas tarefas recorrendo a todos os métodos científicos e tecnológicos postos à sua disposição para esclarecimento da verdade, sendo defeso depender exclusivamente da colaboração de suspeitos da prática de crimes para iniciar a produção probatória, elucidar fatos e definir autorias, e muito menos utilizar métodos coativos para extrair confissões e delações.²⁸⁷

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci aduz que

o valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém, baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão.²⁸⁸

Contudo, como forma de buscar a prova a qualquer preço, muitas vezes atores da persecução penal requerem – e veem sua pretensão acolhida pela complacência judicial – a decretação de prisão temporária ou preventiva de investigados ou acusados, com o único desiderato de coagi-los a confessar e apontar supostos comparsas, em nítido desvirtuamento do instituto da *colaboração premiada*, que pressupõe voluntariedade.

Ao analisar o texto legal, Guilherme de Souza Nucci aponta que, “quanto à voluntariedade, significa agir livre de qualquer coação física ou moral, embora não se demande espontaneidade (sinceridade ou arrependimento)”.²⁸⁹

²⁸⁷ O artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013 prevê que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, o que impõe a interpretação de que nenhuma investigação poderá, da mesma forma, pautar-se prioritariamente em declarações dessa natureza.

²⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-48.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 49.

Portanto, coagir alguém a confessar e a delatar utilizando, de forma distorcida, instrumentos processuais penais que têm por objetivo garantir o trâmite justo do processo, como por exemplo as prisões provisórias e outras medidas cautelares de natureza real, caracteriza uma espécie de tortura psicológica, tão abominável quanto aqueles martírios físicos que historicamente se busca erradicar da persecução penal.

A prova obtida por esse meio nefasto de coação moral é tão ilícita quanto aquela extraída por intermédio da tortura física, não podendo fundamentar o indiciamento, a formal acusação ou o juízo condenatório de alguém, tampouco poderá gerar quaisquer efeitos em relação àquele de quem se extorquiou a confissão e a delação.

Cabe ao delegado de polícia, portanto, garantir a voluntariedade da iniciativa de colaboração do investigado para a apuração da verdade em sede de inquérito policial, propondo-lhe a adesão ao acordo de *delação premiada* livre de qualquer coação física ou moral, esclarecendo-lhe os benefícios legais que poderá experimentar em decorrência do fornecimento de informações úteis e relevantes, tudo de forma ética e comprometida com o respeito à dignidade humana.

6.4 Indiciamento e suas consequências jurídicas

O indiciamento constitui-se em um ato procedimental de competência privativa do delegado de polícia, emanado de forma juridicamente fundamentada, quando presentes prova da materialidade e indícios de autoria que possibilitem alicerçar a construção de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, de autoria de um ilícito penal.²⁹⁰

²⁹⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987, p. 313.

Rogério Lauria Tucci define o indiciamento como sendo

o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de fatos ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis.²⁹¹

Constitui-se em garantia constitucional do investigado, quando passível de ser indiciado, que o seja apenas por autoridade pública que disponha de atribuição expressa para a prática deste ato, ou seja, por um delegado de polícia, visto ser este o agente político investido pelo direito pátrio do poder de presidir o inquérito policial e formalizar a suspeita que recaia sobre alguém, como decorrência lógica do princípio do *órgão investigador natural*.

Isso porque o ato de indiciamento constitui medida de limitação de direitos fundamentais do investigado, dele resultando a formalização de uma suspeita em relação à autoria delitiva, podendo, inclusive, gerar a imposição de medidas constritivas processuais de natureza pessoal ou real em relação à figura do indiciado.

Guilherme de Souza Nucci afirma que

o indiciamento é ato exclusivo da autoridade policial, que forma o seu convencimento sobre a autoria do crime, elegendo, formalmente, o suspeito de sua prática. Assim, não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar à força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito.²⁹²

Atualmente, o artigo 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013 dispõe expressamente que o indiciamento é ato privativo do delegado de polícia, afastando qualquer dúvida a esse respeito.²⁹³

²⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. Indiciamento e qualificação indireta – Fase da Investigação Criminal. *Revista dos Tribunais*, n. 571, 1983, p. 292.

²⁹² Op. cit., p. 119.

²⁹³ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já havia se manifestado nesse sentido: “Com efeito, o indiciamento é ato complexo próprio do inquérito policial, cuja prática se justifica sempre que recaiam sobre a pessoa investigada fortes indícios de autoria. Indiciar significa formalizar a suspeita ante a presença de elementos indicativos da autoria do delito apurado, apontando, dessa forma, com base nos elementos que emergem da investigação criminal, aquele que pode ser considerado o principal suspeito do cometimento do delito. Trata-se, portanto, por sua própria

Contudo, não pode o delegado de polícia indiciar ou deixar de indiciar alguém por simples subjetivismo, pois está submetido a limites constitucionais e legais que o vinculam quando dessa decisão.

Nesse sentido, segue o entendimento de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:

Não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, o uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato. O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçada, não pode ser indiciado. Mantém-se como é: suspeito. Em outras palavras, a pessoa suspeita da prática de infração penal passa a figurar como indiciada, a contar do instante em que, no inquérito policial instaurado, se lhe verificou a probabilidade de ser o agente.²⁹⁴

O ato de indiciamento, quando dissonante dos limites legais que lhe são impostos, caracteriza-se como nulo, devendo ser extirpado do mundo jurídico. A declaração de nulidade pode decorrer de ato da própria autoridade policial, em respeito à sua livre convicção jurídica, ou por intermédio de decisão judicial que determine o seu cancelamento.

O Poder Judiciário, conforme já tratamos em tópico específico, exerce o controle externo da Polícia Judiciária, podendo declarar nulos os atos eivados de ilegalidade. Esse controle é exercido em relação a todos os atos de polícia judiciária e isso fica evidente quando o magistrado profere decisões de relaxamento de prisões em flagrante delito, trancamento de inquéritos policiais carentes de justa causa e cancelamento de indiciamentos ilegais.

Portanto, o indiciamento arbitrário, que não se pautar em indícios suficientes de materialidade e autoria delitivas, ou que seja levado a efeito por autoridade que

natureza constitutiva, de ato de atribuição exclusiva daquele que conduz a investigação criminal, ou seja, da autoridade policial, e cuja realização não cabe em momento anterior à instauração ou posterior ao encerramento do procedimento investigatório, conforme entendimento já adotado por esta Colenda Câmara, embora quando da análise de questão diversa daquela que constitui o objeto do presente *writ* [...]” (TJSP, HC nº 990090628802, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Almeida Toledo, DJ. 29/09/2009).

²⁹⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito...*, p. 314.

não detém atribuição legal expressa para formalizá-lo, caracteriza-se como um ato ilícito, não gerando qualquer efeito penal ou processual penal em relação à figura do investigado, por afronta às normas-princípio constitucionais fundamentais.

6.4.1 Fundamentação do ato de indiciamento

A Constituição Federal consagra como um dos princípios básicos da Administração Pública o da publicidade.²⁹⁵ Essa garantia tem por escopo possibilitar o controle dos atos praticados pelos agentes públicos em geral.

Além de estender o princípio da publicidade aos atos administrativos e jurisdicionais do Poder Judiciário, a Carta Maior também é expressa em exigir a fundamentação desses atos, a fim de tornar concretas as várias modalidades de controle a que estão submetidos.²⁹⁶

Decorre, então, diretamente do princípio da publicidade a necessidade de motivação dos atos, como pressuposto de validade implícito no texto constitucional, mesmo em se tratando dos atos praticados pelos demais Poderes da República e seus respectivos órgãos.

Portanto, todo e qualquer ato decisório penal que encontre vínculo legal deve ser motivado, sob pena de se ferir o princípio do devido processo penal, tido em nosso ordenamento jurídico como uma das principais garantias constitucionais fundamentais.

Essa exigência também se impõe em relação aos atos de polícia judiciária que encerram decisões e dos quais decorrem ônus ao investigado, pois se tratam de atos vinculados às normas processuais penais.

²⁹⁵ Cf. Constituição Federal, artigo 37, *caput*.

²⁹⁶ Cf. Constituição Federal, artigos 37, inciso X, e 93, inciso IX.

Ademais, sem embargo do fato de que a atividade de polícia judiciária é hoje revestida de natureza processual penal, mas exercida por autoridade que integra o Poder Executivo, há que se admitir, conforme já destacamos, que os atos de polícia judiciária se revestem de natureza judicial, por expressa outorga constitucional, aproximando a figura do delegado de polícia à do magistrado.

É o que ocorre, por exemplo, com a decretação da prisão em flagrante delito, o indiciamento do suspeito e a efetivação de outros atos constritivos levados a efeito pelo delegado de polícia nos autos do inquérito policial, que encerram privação da liberdade e restrição de direitos.

Por esse motivo, impõe-se à autoridade policial a fundamentação do ato de indiciamento, para que as razões da decisão restem explicitadas e possibilitem o exercício do direito de defesa por parte do investigado.²⁹⁷ Esta obrigatoriedade é hoje imposta por disposição expressa no artigo 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013, que disciplina a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

O Projeto de novo Código de Processo Penal reitera essa exigência consignada em lei especial e dispõe que, “reunidos os elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de ‘indiciado’, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais”.²⁹⁸

Ressalte-se que não só a decisão de indiciamento nos autos de inquérito policial iniciado por portaria deve ser fundamentada pelo delegado de polícia, mas

²⁹⁷ A Portaria DGP-18/1998, do Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, prevê o despacho fundamentado do delegado de polícia que decide pelo indiciamento do investigado: “Art. 5º Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo dactiloscópico. Parágrafo único. O ato aludido neste artigo deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP-18, de 31 de janeiro de 1992. Art. 7º [...] § 2º A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de fundamentação autônoma na respectiva peça flagrançial, expondo a autoridade policial as razões fáticas e jurídicas de convencimento”.

²⁹⁸ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal, artigo 30.

também o auto de prisão em flagrante delito por ele presidido, pois este, além de impor a privação cautelar do direito à liberdade ambulatoria, implica, como peça instauradora do inquérito policial deflagrado pela medida coercitiva, no imediato indiciamento do suspeito.

Por fim, importante registrar a impropriedade trazida pelo § 1º do artigo 30 do Projeto de novo Código de Processo Penal, que passaria a facultar à autoridade policial atribuir ou não a condição de indiciado ao conduzido no auto que formaliza a prisão em flagrante delito.

Não há como conceber a decretação de prisão cautelar em flagrante sem que estejam presentes prova da materialidade e indícios de autoria de um crime (*fumus comissi delicti*), o que, forçosamente, obriga o delegado de polícia, quando da decisão pela prisão, de formalizar a suspeita que recaia sobre indivíduo por intermédio do ato de indiciamento. Caso contrário, verificando ausência de pressuposto para a medida cautelar de natureza pessoal, deverá se abster de determinar a constrição do direito de liberdade individual e, conseqüentemente, deixar de indiciar o conduzido naquele momento procedimental.

6.5 Valor probatório do inquérito policial

É seguro afirmar, neste momento, diante de tudo o que foi até aqui explanado, que o inquérito policial produzido em estrita observância das normas-princípio constitucionais e da legislação processual penal é um procedimento de incontestável valor probatório no processo penal.

Isso se confirma quando verificamos que o valor da prova no processo é aferido por intermédio de uma análise horizontal ou vertical dos elementos colhidos, levando em conta o momento de sua produção, a autoridade que a produziu e a finalidade específica de sua formalização.

No âmbito do inquérito policial, o delegado de polícia efetiva uma análise horizontal das provas angariadas na instrução preliminar, as quais poderão fundamentar a construção de um juízo de probabilidade sobre a autoria delitiva e levar ao indiciamento do suspeito.

Já a análise vertical é aquela levada a efeito pelo Juízo Criminal, que se aprofundará na valoração das provas para formação de sua convicção jurídica, podendo concluir pela certeza da condenação ou absolvição do acusado.

Apesar de sua crítica à instrução preliminar promovida pelas polícias italianas, que passaram a cumular funções de polícia preventiva de segurança e de polícia judiciária, Francesco Carnelutti não nega a relevância desses elementos de prova para instrução da ação penal, mas os qualifica de inadequados pela forma como são produzidos em seu país, o que se revela no seguinte excerto:

O inconveniente se agrava pela intervenção da polícia judiciária na investigação preliminar. A polícia judiciária é um setor da polícia em geral, constituído de um corpo de agentes e de oficiais, cuja tarefa consiste em “receber notícias de crimes, impedir que deles resultem consequências ulteriores, assegurar a prova, procurar os culpados e reunir tudo aquilo que possa servir à aplicação da lei penal” (art. 219). Esta é a forma empírica dos “atos de polícia judiciária” (art. 231 e 232), cujo conceito científico pode ser definido como a urgência de uma intervenção direta para evitar não só consequências ulteriores decorrentes da conduta criminosa, mas, na maior parte dos casos, a perda de provas úteis para o seu esclarecimento.²⁹⁹

Na doutrina pátria encontramos quem sustente que os elementos de prova colhidos no inquérito policial possuem caráter meramente informativo, por serem produzidos extrajudicialmente e por encerrarem apenas a citada valoração horizontal, voltada a fundamentar o ato de indiciamento, as medidas cautelares e de urgência e o juízo de prelibação do magistrado em relação à acusação formal apresentada pelo Ministério Público.

²⁹⁹ Op. cit., p. 105, tradução nossa.

É o que verificamos nos escritos de José Frederico Marques, para quem a investigação criminal tem caráter preparatório e informativo, servindo suas provas de supedâneo apenas para o ajuizamento da ação penal pelo órgão acusador.³⁰⁰

Aury Lopes Júnior também se posiciona nesse sentido, ao aduzir que,

como regra geral, pode-se afirmar que o valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não processo (arquivamento).³⁰¹

Por outro lado, existem aqueles que advogam a tese de que o inquérito policial constitui sim meio de prova legítimo a ser invocado pelo juiz para embasar a sua convicção sobre o mérito da causa, desde que os elementos colhidos durante a fase preliminar se encontrem em consonância com aqueles produzidos judicialmente.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo segue essa linha, em escrito já citado, quando sustenta que “no procedimento do inquérito, encontra-se, portanto, conjunto de atos de instrução; transitórios uns, de relativo efeito probatório e definitivos outros, de efeito judiciário absoluto”.³⁰²

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, por seu turno, elucida que

instrução criminal é atividade de informar-se a autoridade sobre a infração, com todas as suas circunstâncias. Dela depende a imposição da pena ou a aplicação da medida de segurança, em seus aspectos positivos (condenação) e negativos (absolvição), e, então, se denomina instrução definitiva. Entretanto, dela depende, também, liminarmente, a sujeição ou não do indiciado à acusação e, nesse caso, se chama instrução provisória ou preliminar ou, ainda, curtamente, instrução criminal, em sentido estrito.³⁰³

O magistrado, então, efetiva a análise vertical das provas carreadas aos autos do inquérito policial e, somando-as àquelas produzidas durante a instrução

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos...*, p. 139.

³⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito...*, p. 226.

³⁰² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito...*, p. 22.

³⁰³ Op. cit., p. 191-192.

judicial, realiza a valoração aprofundada do conjunto probatório, tomando sua decisão sobre o *merito causae*.

Esse último posicionamento restou sedimentado com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008 ao artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, dispondo o legislador que o juiz poderá formar sua convicção com base nas provas produzidas no inquérito policial, desde que não pautar sua decisão final exclusivamente nelas.

O referido dispositivo do Código de Processo Penal vai mais além e reconhece a força probante plena do inquérito, ao permitir que o juiz decida com base na prova produzida exclusivamente em sede de polícia judiciária, desde que esta tenha natureza cautelar, não possa ser repetida durante o processo judicial ou quando for produzida antecipadamente.

Ressalte-se que também foi inserido no capítulo relativo ao exame de corpo de delito e outras perícias do Código de Processo Penal a prerrogativa das partes envolvidas de formularem quesitos a serem respondidos pelos peritos, não se limitando esta faculdade à fase judicial da persecução penal, portanto, extensiva às perícias realizadas durante o trâmite do inquérito policial.³⁰⁴

Não há como sustentar que a redação do § 3º do artigo 159 do Código de Processo Penal, ao se referir a “acusado”, afastaria a possibilidade de o investigado, por intermédio de seu defensor técnico, apresentar quesitos ao perito na fase extrajudicial.

Esse argumento cai por terra quando analisamos o inquérito como um instrumento processual de cunho garantista, em que devem ser observadas as normas-princípio constitucionais processuais, dentre elas a ampla defesa, o contraditório mitigado, a igualdade das partes e o consequente direito à prova legitimamente produzida.

O inciso XXI, alínea “a”, do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, acrescido ao texto original pela recente Lei nº 13.245/2016, reconhece a

³⁰⁴ Cf. Código de Processo Penal, artigo 159, §§ 3º e 4º.

prerrogativa do defensor técnico de apresentar quesitos às perícias requisitadas em procedimentos de investigação criminal³⁰⁵. Seguindo essa mesma linha, o Projeto de novo Código de Processo Penal também propõe disciplinar expressamente o direito dos sujeitos parciais da persecução penal de participar da produção da prova pericial na fase extrajudicial da persecução penal.³⁰⁶

Ademais, por força da vigente legislação processual penal, essas provas técnicas, assim como outras produzidas da mesma forma imparcial e isenta pela Polícia Judiciária no curso da investigação criminal, servem de base para o oferecimento da denúncia pelo órgão acusador, apresentação de resposta à acusação pela defesa técnica e até mesmo para fundamentar a absolvição sumária do acusado, o que impõe a participação ativa dos sujeitos processuais interessados em sua legítima produção.

Portanto, deferir ao Ministério Público e ao ofendido a prerrogativa de formular quesitos à perícia em sede de inquérito policial e não facultar o mesmo direito ao investigado e sua defesa técnica caracterizaria uma afronta aos princípios constitucionais processuais penais, dentre eles e principalmente o princípio da igualdade dos sujeitos parciais na *persecutio criminis*.

A produção legítima de provas no procedimento de inquérito policial mostra-se imprescindível para a efetivação da Justiça Penal, pois somente uma instrução preliminar de incontestável valor probatório pode amparar o magistrado em suas decisões, possibilitando que atue com celeridade e segurança jurídica, baseando-se firmemente nos elementos colhidos na fase extrajudicial, sem incorrer em qualquer violação às garantias constitucionais, promovendo, assim, a *duração razoável do processo* e um provimento jurisdicional penal justo.

Acreditamos ser esse o caminho a ser trilhado para a melhoria substancial da Justiça Criminal brasileira, iniciado pela mudança de paradigmas e pela consolidação de uma exegese processual penal constitucional consentânea com

³⁰⁵ “Art. 7º [...] XXI [...] a) apresentar razões e quesitos;”

³⁰⁶ Cf. Projeto de novo Código de Processo Penal: “Art. 201. [...] § 3º Será facultado ao Ministério Público, ao assistente de acusação, à vítima, ao querelante, ao indiciado e ao acusado a formulação de quesitos no prazo de 5 (cinco) dias, contados da nomeação do perito”.

os ditames do Estado Democrático de Direito, que já vêm sendo ratificadas pelas recentes atualizações legislativas e pelas demais propostas parlamentares em trâmite.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Necessário se faz consolidar uma hermenêutica processual penal cunhada nos princípios e valores constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito, como forma de adequar a aplicação das normas ao modelo de processo penal democrático, que se constitui na base desse sistema político de organização social.

2. A eficiência do direito penal aplicado e a sua legitimidade democrática dependem de sua correta instrumentalização pela via do devido processo penal, sendo este o meio necessário e adequado para a efetivação das normas-princípio constitucionais pela via da jurisdição.

3. A estrutura processual penal democrática se assenta no fortalecimento das instituições que instrumentalizam as garantias fundamentais, por isso todas elas têm, indistintamente, suas funções definidas no texto constitucional, como forma de possibilitar a efetivação de uma persecução penal segura e sem desequilíbrios.

4. O sistema processual penal democrático, implantado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituiu um grande avanço para a Justiça Criminal deste país, no momento em que delineou claramente o papel de cada um dos órgãos que atuam na persecução penal, zelando para que não haja confusão de funções em detrimento do necessário equilíbrio entre os seus sujeitos parciais.

5. O processo penal constitucional brasileiro atribui primordialmente à Polícia Judiciária a atividade de investigação criminal e outorga a sua direção aos delegados de polícias de carreira, pois estes, como agentes políticos dotados de independência funcional, revelam-se como os sujeitos imparciais da fase extrajudicial da *persecutio criminis*, atuando à luz do Direito.

6. Não é o caso de implantar outro modelo de investigação criminal preparatória no Brasil, mas sim de disseminar uma consciência jurídica nos atores da Justiça Penal, fazendo-os enxergar que hoje a devida investigação criminal, constitucional e legalmente produzida, constitui-se em uma garantia processual penal fundamental e imprescindível à consolidação de nossa jovem democracia.

7. A investigação criminal democrática não pode se pautar em uma ideologia de combate à baixa criminalidade ou ao *inimigo* da sociedade e do Estado, cedendo espaço às pretensões punitivistas, que visam atender aos clamores da mídia sensacionalista e a uma política criminal de *tolerância zero*, seletiva, discriminatória e desproporcional, utilizada como fundamento para sancionar a pobreza e legitimar a adoção de medidas paliativas, apresentadas como remédios milagrosos para curar as chagas profundas de uma sociedade desigual e que caminha a passos lentos na busca pela concretização dos valores humanos consagrados em sua Constituição.

8. O inquérito policial deve assumir a sua identidade de verdadeiro procedimento processual penal de cunho garantista, do que decorre a necessidade de observância intransigente, durante o seu trâmite, dos princípios do *órgão investigador natural*, da ampla defesa, do contraditório mitigado e de outros corolários do devido processo penal.

9. É por intermédio da instrução probatória preliminar realizada no procedimento de inquérito policial, com observância das garantias constitucionais processuais, que se pode contribuir para a segurança jurídica do ulterior provimento jurisdicional penal, possibilitando uma resposta rápida aos delitos praticados, mas sem violar direitos fundamentais.

10. É imprescindível para o modelo processual penal brasileiro que seja reconhecida a força probante dos elementos coligidos nos autos do inquérito policial após a sua jurisdicionalização, pois mais vale a segurança jurídica proporcionada por uma instrução prévia, constitucional e legalmente conduzida, do que a busca desenfreada e desmedida por celeridade, desprezando as provas

produzidas neste importante filtro preliminar do *jus puniendi* estatal que é a investigação preparatória, em prejuízo do justo processo.

11. A visão garantista de processo democrático possibilita elevar o ser humano ao patamar de principal valor a ser considerado no processo penal e atribuir à sua dignidade o status de princípio basilar da investigação criminal, vinculando e balizando a atuação da Polícia Judiciária e de suas autoridades e agentes às normas-princípio que compõem o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

BARBOSA, Ruy. *República, Teoria e Prática*. (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e Coordenação de Hilton Rocha). Petrópolis e Brasília: Vozes e Câmara dos Deputados, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. In: *Ensaio sobre a atividade policial*. Revista Criminal, ano 5, vol. 15, p. 15-49, set.-dez. 2011.

BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. Trad. Cleopas Isaías Santos. In: ESER, Albin... [et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Estado Social e Estado Liberal*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Principi Del Processo Penale*. Napoli: Morano Editora, 1960.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. In: *Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst*. 9. 2010. Curitiba-PR. Anais eletrônicos do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba: ABDConst., 2011, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2015.

GENOFRE, Roberto Maurício. O papel do juiz criminal na investigação criminal. *Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia*, ano 5, n. 23, p. 8-9, jan.-mar. 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Conteúdo da Garantia do Contraditório. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª ed. Colab. Henrique Gaberllini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, 144-157, fev./mar. 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. 2ª ed. Trad. Luís Callegari. Colab. Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos. In: ESER, Albin...[et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª ed. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, I v.

_____. O art. 141, § 4º da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, n. 16, dez. 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, tomo IV.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. *Organização criminosa*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1989.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. Trad. José Raimundo Leite Filho. In: ESER, Albin...[et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987.

_____. *O indiciamento como ato de polícia judiciária*. Belém: Cejup, 1986.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. Trad. Erika Camargo Vegners. In: ESER, Albin...[et al]. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coords. Kai Ambos e María Laura Böhm. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e Produção de Provas nos Limites Constitucionais. In: *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2014, 1 v.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1967, tomo I.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Indiciamento e qualificação indireta – Fase da Investigação Criminal. *Revista dos Tribunais*, n. 571, 1983, p. 292-294.