

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO CONSTITUCIONAL
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

LUIZ MARCELO DA FONTOURA XAVIER

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL:
A LEI 12.830/13 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Niterói/ RJ

2019

LUIZ MARCELO DA FONTOURA XAVIER

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL:
A LEI 12.830/13 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Taiguara Líbano Soares e Souza.

Niterói/ RJ

2019

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

X3c Xavier, Luiz Marcelo da Fontoura
Constitucionalização da investigação policial : A lei
12.830 à luz da Constituição / Luiz Marcelo da Fontoura
Xavier ; Taiguara Libano Soares e Souza, orientador.
Niterói, 2019.
151 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2019.m.07166394757>

1. Inquérito Policial. 2. Constitucionalismo. 3. Direitos
fundamentais. 4. Estado de Direito. 5. Produção intelectual.
I. Libano Soares e Souza, Taiguara, orientador. II.
Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD -

LUIZ MARCELO DA FONTOURA XAVIER

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL:
A LEI 12.830/13 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares e Souza (Orientador)
Universidade Federal Fluminense – UFF

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UFRJ

*No cotidiano da Polícia, concretizam-se as
decisões valorativas da Constituição.*

(Peter Albretch).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mulher, Cristina, pelo amor e incondicional apoio.

Aos meus filhos: Camilla, Daniel e Larissa, pedindo perdão pelas muitas horas de convívio subtraídas para que fosse possível a consecução da pesquisa.

A todos os professores do PPGDC da UFF, em especial, ao meu orientador Taiguara Líbano, pelo apoio integral e direcionamentos valiosos para melhor desenvolvimento deste estudo.

RESUMO

O presente estudo traz um olhar crítico sobre as funções da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia como Presidente da Investigação Criminal, por meio do Inquérito Policial. No sentido de que mesmo após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, chamada de libertária, cidadã, com primazia dos direitos e garantias fundamentais, que instalou o Estado Democrático de Direito, as práticas policiais investigativas possuem ranços de um Estado arbitrário, com concentração de poder, em que o próprio conceito dominante na doutrina e na jurisprudência conceitua o inquérito policial como um procedimento administrativo, sigiloso e escrito, destinado a colher indícios de autoria e materialidade para que o Ministério Público possa oferecer a ação penal. Como objetivo geral, visa-se compreender em que medida o modelo de Polícia preconizado pelo Estado Democrático de Direito adotado na Constituição Brasileira de 1988 impactou a dogmática processual penal e a prática no que tange à fase policial. A pesquisa realizada foi orientada pela Teoria Hermenêutica Constitucional por meio de um estudo com base na Criminologia Crítica. Essa orientação crítica se justifica pela pretensão de demonstrar os problemas da dogmática tradicional sobre o tema, propondo sua superação de modo a transformar a realidade subjacente ao problema de pesquisa. Em que pese entendermos ser necessária a reforma processual no que tange à fase policial para que haja uma devida adequação constitucional, a pesquisa revela que é possível a adoção de novas práticas investigativas e o rompimento com o paradigma inquisitivo e adequadas à nova Ordem Constitucional Democrática e o Estado Democrático de Direito trazido formalmente na Constituição Federal de 1988. Há que se romper com a mentalidade inquisitiva que tem afetado as interpretações não sendo feita uma devida interpretação constitucional das normas e sim uma interpretação autorreferente das normas relacionadas ao inquérito policial dissociado da Constituição. O presente trabalho revela que uma hermenêutica constitucional adequada e democrática permite o implemento de novas práticas desde já, devendo, dentre outros aspectos trabalhados, a Lei 12.830/13 que traz regras para as investigações criminais conduzidas pelo Delegado de Polícia, ser interpretada a luz da Constituição Federal vigente, como instrumento concretizador de um ideal democrático na investigação. Apesar de não ser satisfatória, a Lei 12.830/13 deve ser valorizada e interpretada constitucionalmente como um avanço, no sentido que se alinha a um delineamento mínimo de uma devida investigação criminal, um princípio do Delegado de Polícia natural, trazendo o conceito expresso do ato de indiciamento, que conforme proposto no presente trabalho, interpretado constitucionalmente e utilizado como marco inicial de um contraditório mitigado e possível na investigação desde já contribui e muito para dar mais democraticidade para a investigação policial, adequando-a a sua função principal em um Estado Democrático de Direito, que é a de ser um filtro garantista de possíveis acusações temerárias e não um instrumento punitivo de um Estado em que se privilegiam as razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Inquérito Policial. Delegado de Polícia. Direitos Fundamentais. Estado de Exceção. Constituição Releitura.

ABSTRACT

The present study has the main role in the Judicial Police and Police Delegate as President of the Criminal Investigation, through the Police Inquiry, without meaning that it is a promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, called libertarian, citizen with statute of law fundamental principle, dignity of the human person as a principle, as well as the democratic rule of law, investigative police practices, arbitration statutes and jurisprudence of a dominant State. conceptualize the police inquiry as an administrative procedure, stealthy and in writing, be elected public and material to the Public Prosecutor can offer a criminal action. As this is a general case, the police model advocated by the Democratic State of Law adopted in the Brazilian Constitution of 1988 impacted a criminal procedural practice and a practice that is not a police phase. The research was guided by the Constitutional Hermeneutics Theory through a study based on Critical Criminology. This strategy is justified by the pretension to show the problems of the traditional language on the subject, proposing its overcoming in order to transform the underlying reality of the research problem. To undertake, if necessary, a procedural reform that is not a police phase so that there is adequate constitutional adequacy, an investigation reveals that new investigative practices are possible and the break-in with the inquisitive paradigm and a new democratic constitutional order and the democratic State of Law Formally brought into the Federal Constitution of 1988. There is a formal way of interpreting the interpretations that do not apply to the constitutional norms of the norms and an automatic interpretation of the norms related to the police investigation disassociated with the Constitution. The present work reveals that an adequate and democratic hermeneutic tool allows the implementation of new practices already existing, and among others, Law 12.830 / 13, which provides rules for criminal investigations conducted by the Police Delegate, be interpreted in light of the Constitution, as the concretizing artist of a democratic ideal in research. Although not satisfactory, Law 12.830 / 13 should be valued and interpreted constitutionally as an advance in the sense of aligning with the minimum of a criminal investigation, a principle of the Natural Police Delegate, bringing the express concept of an Indicator act, which is a definition of the law, which is a filter of guarantees for the payment of interest rates and not is a punitive instrument of a privileged State as the State in detriment of fundamental rights.

Keywords: Police Inquiry. Police Commissioner. Fundamental rights. State of Exception. Reissue Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR: Apelação Criminal

ARE: Recurso Extraordinário com Agravo

CF: Constituição Federal

CJF: Conselho de Justiça Federal

CPP: Código de Processo Penal

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

DGP-SP: Delegacia Geral de Polícia de São Paulo

DJ: Diário de Justiça

DJe: Diário de Justiça Eletrônico

HC: Habeas Corpus

IBAJ: Instituto Brasileiro de Aperfeiçoamento Jurídico

IDS: Ideologia de Defesa Social

INFOPEN: Informações Penitenciárias

MD: Ministério da Defesa

MG: Minas Gerais

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

Op. GLO: Operações de Garantia da Lei e da Ordem

PMDB: Partido do Movimento Democrático Brasileira

RE: Recurso Extraordinário

RE-AgR: Recurso Extraordinário com Agravo Regimental

RG/MG: Repercussão Geral / Minas Gerais

RN: Rio Grande do Norte

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

TJ-RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TRF: Tribunal Regional Federal

UPP: Unidades de Polícia Pacificadora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – O PARADIGMA INQUISITIVO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NO ESTADO AUTORITÁRIO	20
1.1 Breves notas sobre as inspirações autoritárias do Código de Processo Penal Brasileiro ...	20
1.2 Características da investigação policial inquisitiva e o sistema de busca da verdade real .	25
1.3 O protagonismo das razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais individuais	32
1.4 Reflexões sobre o protagonismo do Estado e reflexos nos tempos atuais: seletividade, criminalidade e superencarceramento	39
CAPÍTULO II – O PARADIGMA ACUSATÓRIO (DEMOCRÁTICO) DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO	49
2.1 Percepções sobre a investigação criminal em um Estado Democrático de Direito.....	49
2.2 A transição do regime político autoritário para o democrático e o início da consolidação do paradigma acusatório da investigação exigido na Constituição Brasileira de 1988.....	58
2.3 Características da investigação acusatória (democrática) no Estado de Direito	68
2.4 O Protagonismo dos direitos fundamentais em detrimento das razões de Estado.....	78
CAPÍTULO III – A FUNÇÃO MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA E A LEI 12.830/13	90
3.1 A necessária Constitucionalização: releitura da investigação policial e a Lei 12.830/13 ..	90
3.2 Princípios Constitucionais imanentes da devida investigação criminal e a Lei 12.830/13	97
3.2.1 Princípio da Devida Investigação Criminal (implícito constitucional e corolário do devido processo legal)	102
3.2.2 Princípio da Inamovibilidade relativa do Delegado de Polícia e do Delegado natural .	107
3.2.3 Princípio da Duração Razoável da Investigação Criminal	109
3.3 O indiciamento como marco para o início do “contraditório possível ou mitigado” na investigação policial	114
3.4 A função de contenção e o Delegado de Polícia inserido como dispositivo democrático no aparelho policial do Estado.....	124
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

A temática proposta neste estudo é fruto das inquietudes profissionais deste pesquisador, que nas diversas funções que exerceu em sua carreira nas Delegacias distritais, em bairros nobres e em cidades pobres; especializadas, passando desde o combate às drogas até proteção ambiental, tanto como Delegado Adjunto, quanto como Delegado Titular e na Corregedoria de Polícia na prevenção e repressão aos desvios de conduta, pode refletir sobre as nuances que envolvem o Direito Processual Penal brasileiro.

Desde sua formação na Academia de Polícia, deparou-se com fatores incômodos e que traziam reflexões constantes, como a notória insegurança com que trabalha um Delegado de Polícia ao fazer alguma interpretação jurídica, chegando a ouvir que esse profissional trabalha “no limiar entre o abuso de autoridade e a prevaricação”, pois se prender errado comete abuso e se soltar errado comete prevaricação. Frase esta considerada como insustentável, uma vez que toda dogmática penal concorda que para a caracterização de ambos os crimes se exige o que os estudiosos chamam de “especial fim de agir”,¹ ou seja, a conduta tem que ser realizada pelo agente com uma finalidade especial, no caso do abuso de autoridade um fim de espezinhamento e no caso da prevaricação um agir motivado por interesse ou sentimento pessoal. A insegurança com essa divergência entre prática e dogmática, para um Delegado em formação soava como ameaça, trazendo insegurança no exercício da profissão.

As inquietações foram ainda mais afloradas quando lembrava-me estar em pleno Estado Democrático de Direito (ao menos em termo normativo), instituído após a Constituição de 1988, tendo a árdua tarefa de decidir a cada caso entre prender e soltar, tendo como base o que lhe foi apresentado naquele momento. Devendo associar a isso as afirmações de que o Delegado de Polícia não deve fazer certos juízos valorativos e que seu trabalho, em que pese seja buscar a autoria e materialidade de um fato delituoso, tem por finalidade única fornecer provas para o Ministério Público (parte acusatória) promover a ação penal.²

Associe-se, ainda, uma doutrina relevante que menciona que na primeira fase da persecução criminal, isto é, na investigação criminal, o princípio que vigora é o *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, pró Estado e que no caso o interesse presumido seria pelo indiciamento ou pela prisão por situação flagrancial, como se a presunção do Estado de

¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antonio. **Dos crimes contra a Administração Pública**. São Paulo, ed. Malheiros, 1997, p. 140.

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

inocência e seu desdobramento lógico do *in dubio pro reo* não incidissem na investigação. Vale dizer, limitações a direitos constitucionais fundamentais que a Constituição Federal de 1988 jamais fez, mas afirmada por alguns doutrinadores.³

Adicionem-se afirmações doutrinárias que se socorrem de um Direito Administrativo para fundamentar que um ato prisional realizado por agentes públicos é um ato administrativo e, portanto, goza de “presunção de legitimidade”.⁴ Somando a tudo, ainda uma parcela grande de uma doutrina que, em que pese a importância da investigação criminal feita pela Polícia e eventuais incomensuráveis danos que a mesma pode vir a produzir, afirma até os dias atuais que todos os atos ali produzidos são “meras peças de informação”, sendo por alguns afirmado que sequer existiriam nulidades e sim meras irregularidades.⁵

É relevante ainda, a realidade de que a carreira não goza das mesmas prerrogativas de função de outras como o Ministério Público e a Magistratura, sendo apenas recentemente trabalhadas, depois da Lei n. 12.830/13, a muito custo e com muita resistência de alguns doutrinadores: o Princípio do Delegado Natural e da inamovibilidade relativa.

Frise-se uma vinculação totalmente subordinada ao Poder Executivo, que como tal tem seus interesses e suas “Políticas Públicas” que podem ser muito boas, ou podem ser altamente destrutivas. Para trazer um “dado da realidade” pode-se impor nesse contexto uma sociedade altamente estratificada em camadas sociais, com um Direito Penal seletivo.

Todo o contexto fica altamente punitivista, chega-se a ouvir que “o trabalho do delegado é prender”, o manejo da prisão é o que “empodera” o Delegado de Polícia e, ainda, que “para o Delegado prender alguém em flagrante bastam duas linhas, já para soltar, muitas páginas”. Nessas justificativas nunca poderia ficar de fora a escalada da violência, que faz com que grande parte do senso comum e dos clamores públicos, o Poder Político e muitos operadores do Direito se sujeitem e vejam na prisão, no encarceramento e no Direito Penal do Inimigo, a resposta e a solução de todos os males da sociedade. Como bem afirma Foucault, os mecanismos de poder “invadem tanto a arena do direito que os procedimentos de normalização tornam-se cada vez mais engajados na colonização do direito”.⁶

Ao pensar nesse contexto associado a um controle externo realizado pelo Ministério Público, instituição essencial para o país e para Justiça, todavia, além de “fiscal da Lei”, tem a função constitucional acusatória, cujo tempo revelou que, além de “controlar” se

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 305.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 189.

⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. A investigação criminal. Legitimidade e meios. *In: Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, 2014, p. 134.

⁶ FOUCAULT, M. Two lectures. *In: Power/Knowledge: selected writings, interviews & other writings – 1972-1977*. New York: Pantheon Books, 1980, p. 107.

policializou, inclusive com investigações próprias, efetivos militares próprios e teses jurídicas altamente punitivistas, onde muitas vezes a discordância jurídica de uma destas teses pode ser interpretada como “transgressão a ser apurada”, como exemplo simples, a aplicação do Princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. Some-se a isso, o sucateamento institucional e a total falta de condições e materiais de trabalho, faltando muitas vezes papel e impressora.

Não se pode esquecer a suposta dicotomia no sentido de que se o Delegado é garantista e a favor dos Direitos Humanos, seria ele “a favor da vagabundagem” e que se ele os violar é porque é “operacional”, como se existisse uma dicotomia entre “ser operacional” e respeitar os direitos humanos. Assim, a partir dessas inquietações justifica-se esse trabalho, situando o Delegado de Polícia em meio às controvérsias trazidas pelo próprio Direito Penal e Processual Penal com a Constituição Federal de 1988, destacando-se a necessidade de refletir e melhor compreender o assunto como um fato de relevância profissional e social, já que as ações desse profissional refletem no direito e na segurança pública.

Faz-se importante destacar que esse cenário contraditório em que se coloca o Delegado traz a ideia de que as razões do Estado são exercidas através de um Estado de Exceção Permanente como paradigma de Governo. Embora passados mais de 30 (trinta anos) da promulgação da Constituição de 1988, que tem como traços fundamentais o valor axiológico da dignidade da pessoa humana e do regime democrático, os impactos de estarmos há quase 3 (três) décadas em um regime democrático, sob a égide do Estado Democrático de Direito, parece não ter promovido ainda os devidos ajustes e impactos na doutrina processual penal, notadamente no que tange à investigação policial, ao inquérito policial e à Polícia Judiciária.

Isso se dá em parte porque, embora tenham sido feitas muitas reformas parciais do Código de Processo Penal - dentre elas, algumas na década de 1970 e mais recentemente as Leis 11.689/2008 (que modificou o rito procedimental do júri), 11.690/2008 (que alterou o tratamento dado às provas), 11.900/2009 (sobre interrogatório), 12.015/2009 (sobre crimes contra dignidade sexual e ação penal), 12.403/11 (que modificou a fiança em sede policial e introduziu medidas cautelares alternativas a prisão) - não houve uma reforma específica dirigida ao inquérito policial. Mesmo com um Projeto de Lei de um novo Código de Processo Penal tramitando no Congresso desde o ano de 2009, não há previsão temporal para um novo CPP, daí a relevância da pesquisa, uma vez que a mesma se propõe a analisar e verificar, se é possível, através de uma hermenêutica processual constitucional, de uma constitucionalização releitura, a adoção de práticas de investigação policial acusatória, democrática, superando o

paradigma inquisitivo autoritário. A resistência a essa mudança tem dentre suas motivações a estratificação social, sendo os mais pobres, em regra, o alvo do poder punitivo estatal. Hassemer e Muñoz ⁷ bem ressaltam que a contradição paira quando se presume a existência de um Direito Penal igualitário em uma sociedade profundamente desigual.

O Delegado nesse cenário precisa assumir uma postura de garantidor dos direitos fundamentais, mesmo em um cenário que o coloca em posição contraditória na dicotomia Garantismo Penal (afeito ao sistema acusatório) vs. Paradigma de Exceção (Sistema Inquisitivo). Autores como Wacquant ⁸ e Cunha Martins ⁹ associam suas ideias ao colocarem o modelo vigente no sentido de uma lógica processual penal instrumentalizada, autoritária no sentido de punir os pobres, justamente os mais atingidos por uma investigação policial com características de matriz inquisitiva.

A atual realidade brasileira demonstra que se vive em um Estado de Exceção Permanente, conforme preconiza Giorgio Agamben.¹⁰ Bem como a célebre frase de Walter Benjamin no sentido de que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral”.¹¹ O que se pode perceber é uma lógica de guerras como enfrentamento da criminalidade, seja a “guerra às drogas”, seja a “guerra ao crime organizado” ou a “luta contra a corrupção” e forte repressão aos “crimes de rua”. Essa lógica tem naturalizado um sentimento de hipertrofia do Estado, e seu poder punitivo é visto como sendo a única solução, em um discurso em que “situações excepcionais exigem medidas excepcionais”.

Urge que seja pensada de forma crítica uma releitura das funções das Instituições Policiais no sentido de que as mesmas são instrumentos da sociedade e de preservação de direitos e garantias individuais e não de repressão aos mesmos. Para Cunha Martins, ¹² enquanto o direito permitir a interferência de outro sistema, como por exemplo, o econômico, o Processo Penal vai ser instrumentalizado para realização de seus interesses. Portanto, faz-se necessário que o Processo Penal seja realizado sem interferência de nenhum outro sistema, com o fim principal de preservar os direitos e garantias individuais. É nesse sentido que

⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ, Francisco. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 109.

⁸ WACQUANTI, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 24.

⁹ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 96.

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 10.

¹¹ BENJAMIN, Walter. Sobre Arte, **Técnica, Linguagem e Política**. São Paulo: Antropos. 1992, p. 697.

¹² CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 96.

Lassale ¹³ diferencia a Constituição Real de uma Constituição Jurídica (Simbólica), definindo esta última como um “pedaço de papel”, que perde forças diante do poder dominante no país.

Contrapondo o pensamento de Lassale, Hesse ¹⁴ aponta a Constituição Federal como uma força normativa responsável por coordenar as relações entre o Estado e seus cidadãos, todavia, entendendo que a Constituição mantém uma relação mútua com a realidade, tanto é determinada por ela quanto é determinante a ela.

De acordo com Ferrajoli, ¹⁵ a certeza ou verdade jurídica por mais plausível que seja deve respeito à máxima de que ninguém será punido se houver a incerteza mesmo que custe deixar algum culpado impune. Todavia mesmo sob a égide de uma Constituição garantista, é comum vermos presos apresentados como verdadeiros “produtos”, de cabeça baixa, algemados em “banners” institucionais, como uma espécie de propaganda para o consumo, na realização de um verdadeiro espetáculo público que atende a uma sociedade do espetáculo. ¹⁶

Salienta-se que essa problemática já vem sendo discutida e resistida por inúmeros Delegados, que se levantam em busca de modificar essa realidade, destacando-se como vozes dessa “resistência” aos resquícios autoritários de uma doutrina que não faz uma releitura constitucional da investigação policial e da função do Delegado de Polícia. Para transformação dessa realidade estão ingressando em Mestrados e Doutorados, adquirindo conhecimento e publicando obras jurídicas específicas sobre o tema, com o fim de produzir um arcabouço teórico que se coadune com uma investigação policial democrática, constitucional, para, com suporte nesse arcabouço produzido, adotar práticas investigativas harmonizadas com a Constituição Federal.

Nesse sentido, a proposta é pesquisar, tendo como referencial teórico o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, ¹⁷ que inclusive afirma haver uma negligência intelectual acadêmica em se estudar o Direito Policial. Se esse cenário fático e, por que não dizer dogmático, de Estado de Exceção ¹⁸ - após a Constituição de 1988, que, pelo menos normativamente, consolidou o Estado Democrático de Direito e a primazia dos direitos humanos e fundamentais -, suporta a mesma interpretação que há muito vem sendo dada, com

¹³ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 48.

¹⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

¹⁶ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto editora, 1997, p. 13.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 38.

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

ranço autoritário ou se ela, e todo cenário, devem ser tidos como retrógrados, o que importaria em uma necessária releitura das funções da Polícia Judiciária, do conceito e finalidade do seu principal instrumento de trabalho que é o inquérito policial e, em especial, das funções do Delegado de Polícia, como um verdadeiro dispositivo democrático¹⁹ inserido constitucionalmente dentro do aparelho policial. Bem como alguns desdobramentos que isso traria, no que tange aos direitos constitucionais do investigado na primeira fase da persecução penal, sendo certo que sua função principal seria de contenção do poder punitivo estatal.

A justificativa pela escolha da pesquisa, além das razões já explicitadas, se dá uma vez que há de se pesquisar além dos dispositivos constitucionais. Verificar quais ferramentas interpretativas podem ser extraídas a partir da edição da Lei Federal n. 12.830/13, que afirma ser o cargo de Delegado de Polícia uma carreira jurídica, trazendo a previsão da inamovibilidade relativa, a impossibilidade de se retirar um Delegado da presidência de uma investigação de forma imotivada, bem como recentes alterações no Estatuto da ordem dos advogados do Brasil no que tange a participação e atuação da defesa na investigação criminal. Ou seja, se já é possível a aplicação de interpretações constitucionais que permitam o delineamento de uma devida investigação criminal, desenvolvida com respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

O presente estudo traz um olhar crítico sobre as funções da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia como Presidente da Investigação Criminal, por meio do Inquérito Policial, no sentido de que mesmo após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, chamada de libertária, cidadã, com primazia dos direitos e garantias fundamentais, dignidade da pessoa humana como princípio, bem como o Estado Democrático de Direito, as práticas policiais investigativas possuem ranços de um Estado arbitrário. Reconhecendo haver, ainda, uma concentração de poder, em que o próprio conceito dominante na doutrina e na jurisprudência traz o inquérito policial como um procedimento administrativo, sigiloso e escrito, destinado a colher indícios de autoria e materialidade para que o Ministério Público possa oferecer a ação penal.

Em que pese estudiosos como Prado,²⁰ Giacomolli²¹ e Agamben²² fazerem um alerta em suas obras sobre o Direito Processual Penal e prática de Estado de Exceção, bem como as divergências de suas disposições em relação a vigência em um Estado Democrático

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O que é um contemporâneo e outros ensaios**. Chapecó- SC: Argos, 2009, p. 31.

²⁰ PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências. **Revista da EMERJ** - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) – 2015, p. 552.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto San José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

²² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

de Direito, acredita-se que se faz necessário um olhar mais atento sobre o assunto. Considerando a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a vigência do Estado Democrático de Direito, afirma-se que o suspeito ou indiciado possui direitos fundamentais, assim, o inquérito previsto no Código de Processo Penal brasileiro apresenta controvérsias, apesar de demonstrar-se como um instrumento de garantia, possui características inquisitivas, que o tornam essencialmente arbitrário em desfavor dos direitos e garantias individuais.

Explica-se que: como não é processo, não haveria “acusado” e como não há partes não se efetiva o contraditório e ampla defesa (invocam o artigo da 5, LV, da Constituição Federal que usa a palavra “processo”), sob pena de se retirar a eficácia das investigações penais e contribuir com a impunidade. Fala-se, portanto, em “sistema acusatório” como sendo uma fundamental garantia do cidadão, a separação entre a figura do acusador e do julgador apenas no Processo Penal que é a fase posterior, pois, na prática, mantém o inquérito como inquisitivo. E o que é pior, esse entendimento mostra-se totalmente unidirecional, voltado apenas para a acusação, o que é revelado no seu próprio conceito quando é dito que sua finalidade é “ofertar indícios para o Ministério Público”. Dessa forma, fica evidente que a forma como é conceituado o “sistema acusatório” traz menção apenas o processo penal, não se enxergando a disparidade de ter todo um aparato Estatal durante a fase pré-processual, voltada não para a realização da justiça e sim para a realização da acusação, pois a justiça somente será feita, ou não, na fase posterior.

Nesse sentido, bem afirma Bello ²³ que é inegável que o inquérito policial precisa ser revisto, remodelado normativamente e também em sua prática, uma vez que mera mudança de leis sem mudança dos fatores da realidade é mero “fetiche jurídico”, o que, aliás, é exatamente o que ocorre. Há quem entenda que o correto é o Ministério Público ser o único titular e comandante das investigações, por ser o titular da ação penal, como se uma mera mudança de titularidade fosse trazer grandes melhorias, sem sequer considerar o prejuízo que isso traz a defesa (paridade de armas).

Embora seja totalmente desejável e preciso uma reformulação processual no que tange a investigação criminal, é preciso verificar se a Constituição com força normativa, primazia da dignidade da pessoa humana, além de Tratados e Convenções de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, por si só já exigem uma mudança de rumos e outra prática. Da mesma maneira, se o que precisa ser feito é a transformação da realidade no

²³ BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. *In: M.M.'A.B. LIMA; E. BELLO (coords.), Direito e marxismo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 9.

sentido de que a mesma propicie condições materiais de efetivação do que já está disposto na norma. Vale destacar, em termos de Ciência, que quando se quer mudar algo dogmaticamente, cientificamente, é preciso, segundo Kuhn²⁴, verificar que o atual modelo, que se configura como um paradigma, já não fornece soluções modulares que respondam aos problemas e diante da crise percebida, se buscar uma revolução científica. Isto é, uma verdadeira quebra de paradigma, o que traz a ideia de ruptura, considerando as raízes históricas e culturais que envolvem o assunto.

Já Bachelard²⁵, propõe uma ideia de um acúmulo de conhecimento e “corte epistemológico”. O que ousadamente propõe-se neste trabalho é verificar se já há base jurídica que autorize a Polícia investigativa a mudar suas práticas, sem necessidade de ter-se que esperar por uma mudança legislativa, através de um sistema normativo constitucional que já impõe uma releitura das normas e das práticas policiais. Verificar se está havendo uma leitura interpretativa retrógrada por parte dos processualistas penais, que permanecem presos a um sistema de investigação policial autoritário, moldado em tempos de regimes não democráticos. Dessa forma, se há uma real mudança na interpretação do sistema normativo, que não ocorra apenas com a categoria fazendo lobby no Congresso (o que é importante no jogo político), mas sim, de maneira que a Polícia Judiciária, principalmente os Delegados de Polícia (que já estão investidos no cargo e, portanto, inseridos diretamente na realidade) reavaliarem conceitos por meio de um olhar crítico da sua atuação, e assumirem um compromisso com uma justiça penal eficaz. Observando essa eficácia no sentido de que seja sempre sobepesado o conceito de justiça, propondo um novo conceito para seu instrumento de trabalho que é o inquérito policial e sua finalidade, bem como as funções da Polícia Civil como órgão que garante e efetiva os direitos.

A realidade torna-se pior quando nos deparamos com um tratamento diferenciado quando o preso é de um estrato social mais elevado e possui condições econômicas para contratar um bom advogado. Se desvendando neste contexto um Direito Penal aplicado de forma seletiva²⁶, como direito repressivo²⁷ com tratamentos diferenciados de acordo com o estrato social ao qual o cidadão pertence, fato este que pode-se observar nos estudos de

²⁴ KUHN, Thomas. S. **A estrutura das relações científicas**. São Paulo. Perspectiva, 1991, p. 13.

²⁵ BACHELARD, Gaston. **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004, p. 17.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico político**. Belo Horizonte, Arraes editores, 2016, p. 125.

²⁷ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 41.

Holloway²⁸, guardando proximidade com a criminologia de base marxista. Dessa forma, verifica-se a necessidade de um olhar crítico sobre o inquérito Policial, considerando a Lei n. 12.830/2013, que trouxe artigos relevantes sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia e a função materialmente constitucional do Delegado de Polícia, através de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Nesse sentido, este estudo parte do seguinte questionamento: Em que medida o modelo de polícia preconizado pelo Estado democrático de direito adotado na Constituição Brasileira de 1988, sob uma concepção garantista, influenciou ou pode influenciar a dogmática sobre o conceito do inquérito policial e sua finalidade, bem como as funções da polícia judiciária e do Delegado de Polícia na “práxis” policial cotidiana e que consequências ou novas práticas e conceitos podem advir de uma interpretação da Lei 12.830/13 à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Como objetivo geral visa-se compreender em que medida o modelo de Polícia preconizado pelo Estado Democrático de Direito adotado na Constituição Brasileira de 1988 impactou a dogmática processual penal e a prática no que tange a fase policial. E como objetivos específicos: verificar o conceito de inquérito policial e sua finalidade, à luz do garantismo penal; analisar a função do delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais e da Justiça nas prisões em flagrante; verificar a concepção de uma devida investigação criminal como garantia do indivíduo face ao poder punitivo Estatal, analisando inclusive a atuação da defesa no inquérito policial; verificar os dispositivos previstos na Lei 12.830/13, analisando-os em interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de verificar eventuais impactos que permitam desde já um agir por parte do Delegado de Polícia mais harmonizado com o teor garantista da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ou se nada pode ser feito enquanto não houver uma reforma no que tange às normas processuais penais que tratam da fase investigativa e do inquérito policial.

A pesquisa realizada foi orientada pela Teoria Hermenêutica Constitucional, por meio de um estudo com base na Criminologia Crítica. Essa orientação crítica se justifica pela pretensão de demonstrar os problemas da dogmática tradicional sobre o tema, propondo sua superação de modo a transformar a realidade subjacente ao problema de pesquisa. No campo jurídico, a hermenêutica é utilizada para interpretação de textos ou outros elementos normativos para solucionar alguma problemática. Dessa forma, não se trata da mera

²⁸HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência** numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1997, p. 54.

interpretação de elementos normativos, visa-se verificar o seu sentido e alcance, para que seja possível verificar sua aplicação, devendo-se destacar, nesse sentido, que todas as normas jurídicas necessitam de interpretação, não possuindo sentido absoluto preexistente. Diante do exposto, é possível dizer que a hermenêutica jurídica visa a correta aplicação de uma norma, considerando seu verdadeiro sentido e alcance.

Nesse contexto, tem-se a interpretação das normas e princípios constitucionais, considerando seu verdadeiro sentido e alcance, de modo a dar subsídio aos operadores de Direito. Deve-se destacar a Constituição Federal como lei maior de um país, trata-se de uma norma hierárquica superior, devendo todas as demais leis, serem vistas, portanto, como base do Ordenamento Jurídico, a partir dos seus fundamentos. Silva²⁹ salienta, que a Constituição Federal se coloca no vértice do Sistema Jurídico de um país, legitimando os poderes estatais na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. Assim, a hermenêutica constitucional faz-se de suma importância, considerando que envolve a base do Ordenamento Jurídico do País.

A investigação realizada se insere no tipo jurídico-compreensivo,³⁰ de abordagem qualitativa com análise dos dados realizada em forma de análise de conteúdo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Propondo-se um novo olhar sobre as funções da Polícia Judiciária Civil, através da função do Delegado de Polícia e do seu principal instrumento de trabalho, o inquérito policial não como instrumento de repressão e sim de contenção do poder punitivo Estatal. Ressalta-se que foi necessária a realização de uma pesquisa analítica interdisciplinar para que o problema fosse verificado também através de fontes bibliográficas da Sociologia e da Criminologia.

Para melhor entendimento deste estudo, esta dissertação está estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo busca-se refletir sobre o paradigma inquisitivo da investigação policial no Estado Democrático de Direito, iniciando com as inspirações autoritárias do Código de Processo Penal (CPP) Brasileiro e que refletem nos dias atuais como uma herança histórica que não é cabível aos tempos atuais. Partindo do preceito básico de que data de 1941, mais de 40 anos antes da promulgação da Constituição Federal do Brasil, o que já traz um entendimento prévio de que não poderia ser capaz de atender aos atuais preceitos constitucionais.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 45.

³⁰ GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29-30.

Parte-se do entendimento que o Direito precisa avançar ao mesmo passo que a sociedade, portanto, verifica-se uma posição ultrapassada que demanda de uma releitura, especialmente, quando se enfoca as características da investigação policial inquisitiva e o sistema de busca da verdade, abordadas no segundo tópico do referido capítulo. Fechando essas reflexões iniciais e necessárias, foram estudadas as nuances de um contexto permeado pelo protagonismo das razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais individuais.

Por sua vez, o segundo capítulo aprofunda as reflexões relacionadas ao inquérito policial em um Estado Democrático de Direito, iniciando com uma abordagem sobre as percepções relacionadas à prática dessa fase investigatória de forma democrática e eficiente. Destacando-se nesse âmbito a Corte de Warren como exemplo de ativismo judicial no esforço de trazer a Constituição Federal em sua real aplicação, como garantia do atendimento de direitos fundamentais, além de buscar posicionar o instituto do contraditório nessa fase preliminar. O capítulo traz ainda um estudo sobre a transição do regime político autoritário para o democrático e o início da consolidação do paradigma acusatório da investigação exigido na Constituição Brasileira de 1988, identificando características da investigação acusatória (democrática) no Estado de Direito e o protagonismo dos direitos fundamentais em detrimento das razões de Estado, apontando este como o real sentido que deve ser adotado na investigação policial.

Por fim, o terceiro capítulo traz o tema central desta, enfocando a função materialmente constitucional do Delegado de Polícia e a Lei 12.830/13, realizando uma reflexão crítica sobre a fase de investigação policial, visando contribuir para um debate mais concreto sobre o assunto, bem como promover uma interpretação da Lei 12.830/13 à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CAPÍTULO I – O PARADIGMA INQUISITIVO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NO ESTADO AUTORITÁRIO

1.1 BREVES NOTAS SOBRE AS INSPIRAÇÕES AUTORITÁRIAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Refletir sobre o *status quo* das instituições de segurança pública no Brasil, especialmente daquelas associadas às investigações policiais e analisar o inquérito policial, demanda esforços, ainda que breve, em rever historicamente alguns cenários e personagens que marcaram ideias e a concepção das regras formais na área. Considerando que se trata de um procedimento administrativo que antecede o Processo Penal, configurando-se como uma fase investigatória preliminar para levantamento de elementos probatórios de materialidade e autoria delituosas, verificou-se a necessidade de compreender o todo, tecendo breves notas sobre as inspirações do Código de Processo Penal. Gizlene Neder, com muita propriedade, adverte aos profissionais e intérpretes do Direito no sentido de que “o estudo das leis, feito pelo juriconsulto, deveria, então, começar a partir da história. Seria ela que permitiria que o juriconsulto entendesse em que tempo e circunstância foram feitas as leis”.³¹ É justamente dessa reflexão histórica que parte este estudo.

Entende-se que, no marco de um Estado Democrático de Direito, toda intervenção penal deve sempre ocorrer enquanto medida de exceção. Desse postulado básico, é possível perceber que a drasticidade com a qual o Direito Penal atua exige dele uma exatidão acerca da conduta sancionada. Isso porque, ele representa o mais poderoso instrumento de controle posto à disponibilidade do poder constituído, por meio do qual o Estado, detentor da prerrogativa do uso da força, molda a sociedade através das estruturas dogmáticamente fundadas no princípio da legalidade penal, dizendo quais comportamentos são intoleráveis por considerá-los ofensivos a bens jurídicos.

Entretanto, a tutela penal é um caminho de mão dupla; ao estabelecer coercitivamente as condutas passíveis de punição, o Direito Penal paralelamente se constitui em prerrogativa cidadã contra os desmandos do Poder estabelecido, sendo esta a principal função extraída da sua visão enquanto sistema cujas regras são previamente estruturadas. O que percebe-se, assim, é a presença de uma mentalidade inquisitória no Direito Processual

³¹ NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 121.

Penal brasileiro em toda sua história. Sobre nossa codificação processual penal, Paraguassú³² nos lembra de que “seguiu as linhas do código italiano. Tratava-se de um código moderno, mas o modelo que o inspirou e o regime sob o qual foi promulgado, ou seja, Estado Novo, uma versão do nazifascismo, fez dele um modelo de política criminal considerado autoritário”. A autora refere-se ao Código de Processo Penal Italiano, o chamado Código Rocco.

De acordo com Dalia e Ferrajoli,³³ o Código Rocco foi publicado no ano de 1930 na Itália durante a ditadura fascista de Benito Mussolini, possuindo características predominantemente inquisitivas. O referido código trazia um sistema misto, que ocorria em duas fases: na primeira tinha-se o chamado “Juizado de Instrução”, com a inquisitorialidade predominante, sendo nesta fase apresentados elementos de prova que seriam utilizados para julgamento; somente na segunda fase poderiam ser vistos princípios como contraditório, publicidade e presunção de inocência. As provas apresentadas durante a primeira fase não podiam ser contraditadas, o que fazia com que muitas vezes chegassem a essa fase viciadas em decorrência da forma como haviam sido recebidas.

Assim, verifica-se semelhança com o sistema processual adotado no Ordenamento Jurídico brasileiro, principalmente pelo viés autoritário. Sobre o assunto, Giacomolli³⁴ concorda que predomina na *law in action* a ideologia do Código Rocco, mesmo com o passar dos anos e os avanços jurídicos em questões constitucionais e em ratificação de diplomas internacionais pelo país. Seguindo a mesma linha de pensamento de Paraguassú em relação a uma ideologia nazifascista percebida no código, Giacomolli ressalta que:

[...] a ideologia totalitária pretendia construir um homem novo, segundo os paradigmas do partido, do Estado, do líder, ou seja, um ser solidário, obediente, disciplinado, sem possibilidade de discutir. O reflexo disso é a concepção de que o processo penal construirá esse homem novo, e com o encarceramento, sempre livre do pecado do crime. A lavagem das impurezas do crime e a purificação do mal ocorreriam no interior do cárcere. Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 30, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais. Essa engrenagem político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo inquisitorial, cujas marcas são visíveis, profundas e ainda persistem nas práticas judiciárias.³⁵

³² PARAGUASSU, Mônica Correia da Silva. **Presunção de inocência**: Uma questão de princípio da vingança e da justiça. Niterói: Ed. da UFF, 2011, p. 88.

³³ DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Padova: CEDAM, 2000, p. 71.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, p. 144.

³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto San José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 89-90.

Desse modo, as influências autoritárias do Código de Processo Penal brasileiro podem ser percebidas como decorrentes do próprio Governo da época de sua publicação. Getúlio Vargas instaurou o Estado Novo seguindo a trilha dos regimes ditatoriais, como o salazarista (Portugal) e os regimes totalitários fascistas (Itália e Alemanha). Chama-se atenção para o uso das propagandas políticas no processo de dominação e administração dos conflitos entre as classes sociais como fator de considerável importância, pois divulgava seus princípios doutrinários, ampliando seu alcance junto às massas, podendo ser considerado como artifício de manipulação das massas, o que foi comum à estrutura política de diversos Estados totalitários, que estabeleceram projetos políticos voltados para os interesses de determinados grupos, que os disfarçavam através de projetos de cunho social, que requeriam união entre as classes sociais para sua realização. Com isso, no Estado Novo, o Brasil foi palco de um Governo ditador que foi tido como populista, recebendo, inclusive, intitulação de “Pai dos Pobres”.

Ressalta-se que a ascensão de Getúlio Vargas à presidência do Brasil e a queda das oligarquias do poder trouxe uma ampla reforma administrativa e política culminada com a nova Constituição Federal de 1934, que estabeleceu uma fase de profunda centralização e, conseqüente, participação estatal nas políticas públicas, que em pretexto das características de um governo ditatorial, se materializaram em medidas essencialmente populistas. A referida Constituição foi a de menor duração na história brasileira, pois no ano de 1935, o então Presidente da República, Getúlio Vargas, suspendia as garantias existentes na mesma através do estado de sítio.³⁶

A Constituição Federal de 1937 foi marcada por ditadura, perseguições a opositores e intervenção do Estado na economia, foram abolidos os partidos políticos e a liberdade de imprensa. Neste período, todos os direitos humanos já conquistados foram suspensos, inclusive o direito de ir e vir. Como Vargas teria seu mandato terminado no ano de 1938, deu um golpe de Estado tornando-se ditador, dando como justificativa o fato de a população brasileira necessitar de proteção frente à ameaça comunista, ameaça esta que pode ser exemplificada pelo plano Cohen, que era um falso plano comunista criado por seguidores de Getúlio.³⁷ Suas características autoritárias e inspirações totalitárias refletiram diretamente no Código de Processo Penal. Também refletindo sobre o assunto, David Queiroz bem lembra que:

³⁶ PANDOLFI, Dulce Chaves (org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 23.

³⁷ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. **In: Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 329.

Afigura-se inegável que o Código de Processo Penal Brasileiro, conhecido na década de 40, possuía perfil essencialmente inquisitorial, já que gestado em um regime autoritário da história do Brasil, chamado Estado Novo, e com inspirações no Codice Rocco italiano, entre outras características autoritárias, presumia culpa dos acusados, tinha a prisão como regra e ainda considerava a defesa supérflua, tendo “mentalidade antidemocrática e eminentemente policialesca” na persecução penal como um todo, transformando-a em uma máquina punitiva.³⁸

Percebe-se, assim, um consenso entre os autores em relacionar as características inquisitoriais do Código de Processo Penal ao próprio Governo de Getúlio Vargas. Vale destacar nesse ponto, o que se entende por autoritarismo tomando-se como base a lição de Christiano Fragoso que o posiciona como um abuso do poder da autoridade, traçando, ainda, um fenômeno psicológico no autoritarismo, em suas palavras:

O autoritarismo, no contexto do abuso da constituição ou exercício do poder da autoridade, se caracteriza pelo fato de que a autoridade é ilegítima ou ilegalmente constituída ou exercida. Como regime político, o autoritarismo se caracteriza por se opor ao pleno funcionamento das instituições democráticas (Parlamento, imprensa, oposições políticas) e dos direitos e garantias individuais. [...] Em suma, o autoritarismo psicológico, seja a partir de explicações psicanalíticas, cognitivas ou de aprendizado social, é criado e fortemente estimulado pelo sentimento de medo, e se caracteriza, por: concepções maniqueístas de mundo, a partir de um valor de identidade, de grupos de dentro para fora, maior necessidade de ordem e segurança, prontidão de submissão e obediência a autoridade, apego a tradição e normas convencionais, propensão a intolerância, tendência a seletividade e a raciocinar por preconceitos e estereótipos.³⁹

Também, trazendo essa dimensão psíquica do autoritarismo, Prado⁴⁰ menciona a dimensão psicanalítica como ferramenta de acesso ao fenômeno de suas permanências autoritárias, permitindo tornar visível aquilo que não foi dito pelo sujeito, indo além, portanto, do que propaga, um saber inconsciente. Esse entendimento aponta para uma visão de distanciamento entre “a formulação geral e abstrata da lei e a aplicação singular e concreta da justiça”. Trazendo à baila questões como a parcialidade e a subjetividade do fenômeno criminoso e a ausência de neutralidade na persecução penal.

Nas lições dos autores, percebe-se que tal acepção do autoritarismo está, até os dias de hoje, impregnada no Código de Processo Penal Brasileiro vigente, inspirado em um sistema italiano fascista e “importado” no contexto autoritário da “Era Vargas” e do “Estado Nacional” de Francisco Campos. Salienta-se que a política estadonovista defendia a ideia de um Estado forte, centralizador capaz de promover a tão necessária reorganização social, que levaria a sociedade brasileira da época, a superar o atraso do país e promover o

³⁸ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 78.

³⁹ FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 385 - 386.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. Apresentação. In: CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

desenvolvimento nacional, oferecendo atrativos que interessavam tanto à burguesia quanto às camadas mais populares, assim teria o controle das massas entorno do Estado. Buscava-se transmitir a ideia do Estado como defensor dos interesses da nação.

Nesse sentido, o que se evidencia é um Código de Processo Penal vigente que traz consigo fortes características da década de 1940, quando o país vivenciava um Governo influenciado pelos regimes totalitários, que dominavam grande parte da Europa na época, com inspiração maior no modelo fascista italiano, pregando o Estado forte, o nacionalismo exacerbado e o indivíduo pela nação. Importante, portanto, frisarmos que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, com matriz no Código Italiano produzido no governo fascista de Mussolini, apresenta viés autoritário de prevalência quase absoluta do interesse estatal em detrimento de garantias individuais. A ideologia autoritária de Francisco Campos, levada a efeito no Código brasileiro, fica patente em sua obra “O Estado Nacional”, onde é trabalhada claramente a ideia de “defesa social”. Nesse sentido escreveu Campos que:

De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o seu aperfeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público, fora da medida reclamada pelo interesse social.⁴¹

Frise-se, que Campos é considerado um dos mais, senão o mais, importante intelectual do regime de exceção da Era Vargas. Nas entrelinhas é possível perceber um impacto punitivo e direcionador que reflete diretamente na estratificação social. Como bem ressalta Machado, “desde os primeiros desenhos do sistema penal brasileiro [...] Os grupos nacionais da exclusão, principalmente pobres e negros, sofrem com o cotidiano da punição e suas medidas de neutralização”.⁴² Nesse mesmo sentido, Jesse Souza⁴³ escreve sobre uma “teoria crítica da desigualdade brasileira” e trabalha uma categoria de “ralé brasileira” como alvo de um modelo criminal autoritário, que gera ainda mais exclusão e mantém uma estrutura vertical da sociedade.

⁴¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p.121.

⁴² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 42.

⁴³ SOUZA, Jesse. **A Ralé Brasileira**: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009, p. 15.

Vale destacar nesse ponto, a Teoria da Vulnerabilidade Seletiva de Zaffaroni⁴⁴, que considera que existe um estereótipo criminal que coloca em risco um julgamento justo, havendo o que o autor chama de seletividade estrutural. Assim, tem-se uma via de mão dupla que pode prejudicar a efetividade da justiça, de um lado aquele indivíduo que possui um estereótipo criminal em uma pequena diligência já se coloca em posição de risco criminalizante, independentemente da culpa, com esse estereótipo, o colocando em posição vulnerável; de outro, aquele que não possui tal estereótipo, mesmo quando culpado, demanda de um grande empenho para ser colocado nessa situação. Tem-se, portanto, uma criminalidade real e uma criminalidade aparente. Como bem afirma Santos:

A estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos obviamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o ‘bode expiatório’ da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes.⁴⁵

Dessa forma, entende-se que essa seletividade no Direito Penal brasileiro precisa ser modificada, buscando-se uma investigação policial mais democrática, em que o estereótipo criminal não seja a principal base. Contudo, o que prevalece no atual sistema mais se assemelha ao período inquisitorial com uma busca desenfreada por uma “verdade real”, para que melhor se possa compreender sob esse ponto de vista, o tópico a seguir debruça-se sobre o tema.

1.2 CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL INQUISITIVA E O SISTEMA DE BUSCA DA VERDADE REAL

Os ritos e práticas da Igreja Católica em seus procedimentos canônicos durante o período inquisitório entre os séculos XII e XVIII foram de grande influência legislativa sobre diversas legislações da Europa e, por influência ibérica, absorvidos por vários países da América Latina como o Brasil⁴⁶. Vale destacar, nesse ponto, que os fenômenos religiosos interessam não em si mesmos, mas como aparato para a compreensão da sociedade brasileira, pois as religiões, integrando a formação social, são de imensa relevância para a compreensão

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. 2.ed. Buenos Aires-Argentina: Ediar, 2002, p. 161.

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 20.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 363.

do funcionamento desta sociedade, uma vez que nelas estão contidas as práticas e percepções de mundo que são base da experiência social da população.

Explica-se que a inquisição se configurou como um tribunal eclesiástico especial instituído para eliminar a heresia, isto é, opiniões, ações ou doutrinas que estavam em desacordo com o ensino católico romano ortodoxo. É considerada como uma parte obscura da história da Igreja Católica pautada na investigação de crenças heréticas e cooperação com os governos locais para vê-las punidas, apoiando-se em torturas físicas e psicológicas para fazer com que um indivíduo viesse a confessar sua heresia. Com as características de um tribunal, o interrogatório do acusado estava entre os deveres centrais dos inquisidores. Eles se tornaram, surpreendentemente, habilidosos em psicologia humana ao observarem, documentarem e compartilharem um com o outro suas descobertas sobre as várias maneiras pelas quais as pessoas desviam as perguntas e ocultam informações. Desenvolveram estratégias psicológicas próprias para extrair informações através do processo de interrogatório, estratégias bastante similares às que os interrogadores ainda utilizam hoje.⁴⁷

São nessas características investigatórias do período inquisitório da Igreja Católica que podemos perceber uma relação mais próxima ao inquérito policial, com o interrogatório para levantamento de fatos e provas como central nesse procedimento preliminar de investigação policial. Sua ligação com o direito canônico também é mencionada por Paraguassu, quando lembra que “a introdução do inquérito do Direito Eclesiástico do poder da Igreja, como procedimento do poder público, deu um significado religioso ao procedimento investigatório”.⁴⁸ Casara e Melchior também notam que um “repertório cultural que aponta para uma maneira de ver a vida e compreender o desvio, a culpa, os mecanismos de penitência e como consequência, um processo penal”⁴⁹ foi delineado em todos os países que receberam tal influência. Ressalta-se, que apesar de o declínio da inquisição ter ocorrido no século XIX, até os dias atuais são fortes as marcas do legado do período inquisitorial na persecução penal no Brasil, podendo-se citar como exemplo a possibilidade do Juiz, de ofício, produzir prova, conforme insculpido no artigo 156, incisos I e II do Código de Processo Penal,⁵⁰ dentre outras.

⁴⁷ MURPHY, Cullen. **God's Jury: The Inquisition and the Making of the Modern World**. Boton: Mariner Books, 2013, p. 222.

⁴⁸ PARAGUASSU, Mônica Correia da Silva. **Presunção de inocência: Uma questão de princípio da vingança e da justiça**. Niterói: Ed. da UFF, 2011, p. 70.

⁴⁹ CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 362.

⁵⁰ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Sobre o assunto, Batista⁵¹ afirma que há uma relação muito próxima entre a tradição inquisitiva e o autoritarismo político e que para fazer valer o ideal do autoritarismo, práticas inquisitivas foram adotadas como verdadeiros dogmas, se espalhando e contribuindo na formação da matriz do Direito criminal do Brasil. Apesar da implementação do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é de clareza solar que na Lei Processual Penal brasileira existe um legado autoritário que permanece até os dias atuais, notadamente, quando nos debruçamos sobre o estudo da investigação policial. O próprio conceito de inquérito policial, que lhe embute a característica de procedimento inquisitivo, desprovido de qualquer contraditório, revela certa objetualização do investigado, em que pese o discurso de que ele possui garantias na fase policial.

O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar de inquérito policial em clara alusão ao órgão encarregado da atividade. Inexiste no CPP a definição legal de inquérito policial, mas, ao exame dos art. 4º e 6º deste diploma legal é possível compreendê-lo. O Inquérito Policial não visa a punição, mas tão somente esclarecer a ocorrência delituosa e apontar o respectivo autor, bem como seus atos não obedecem a um rito preestabelecido. O Código de Processo Penal dita determinadas normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o Inquérito Policial (art. 4º ao 23º).

A ausência de contraditório regular e o poder discricionário exercido pelo Delegado de Polícia descaracterizam-no como processo. Tratando-se, portanto, de um instrumento híbrido regido por normas de natureza procedimental, penal e administrativa. Com isso, o Inquérito Policial não é processo, mas simplesmente um procedimento administrativo de apuração. É considerado um procedimento formal, pois devem ser observadas algumas regras na realização de cada ato e existe uma ordem para início (Portaria ou auto de prisão em flagrante da Autoridade Policial, requisição do juiz ou do Ministério Público, ou requerimento do ofendido ou de seu representante legal), desenvolvendo-se com as demais diligências que se fizerem necessárias e encerrando-se com um relatório final.⁵²

Há uma inversão no que tange a interpretação jurídica em relação ao inquérito policial, ao invés de ocorrer uma nova interpretação e releitura da investigação policial após a Constituição Federal de 1988, grande parcela da doutrina faz uma interpretação autorreferente da fase policial, regendo a interpretação através de uma ideologia autoritária, anterior ao

(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

⁵¹ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 363.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

Estado Democrático de Direito, voltada para proteção de termos vagos como “ordem pública”, “defesa social”, “tutela do bem comum”, servindo, na prática, como dispositivos para a prática de um Estado de Exceção Permanente como forma e paradigma de Governo, conforme denunciado por Agamben,⁵³ uma vez que cabe ao Governante, isto é, ao Soberano, preencher tais conceitos em nome do bem comum.

Prado⁵⁴ aponta que as transformações necessárias no que tange à Justiça Criminal decorrentes da transição do regime autoritário para o democrático ainda não aconteceram de forma plena. As tradições inquisitivas de base teórica que foram consolidadas, principalmente, entre os anos de 1930 e 1970 nem de longe foram extirpadas, e sim acomodadas de forma deturpada no âmbito das novas experiências políticas democráticas e republicanas. No mesmo sentido, Martins⁵⁵ aponta a democracia brasileira como recente, de maneira que práticas autoritárias antigas convivem com as atuais, mesmo que reprovadas pela nova ordem política. Em um cenário autoritário, como uma investigação policial com matriz e mentalidade totalmente inquisitiva, há grande concentração de poderes nas mãos do Estado- Investigador, em detrimento de reduzida, ou mesmo, em alguns momentos históricos, nenhuma densidade de direitos e garantias fundamentais do investigado, sendo o mesmo objetalizado em nome da “busca da verdade”. Concebe-se nesse sistema uma espécie de investigação mítica, cuja missão seria revelar a verdade verdadeira, ou seja, a verdade real, os fatos como realmente aconteceram.

De certa forma imaginam-se poderes transcendentais para a reconstrução do fato de forma que se proporcione uma chancela de certeza absoluta de que eles ocorreram exatamente como apurados. Qualquer resultado que não seja a pura realidade do que ocorreu significa um fracasso da investigação e do processo. A permanência da cultura e, acima de tudo, da mentalidade inquisitorial na doutrina e em grande parte dos operadores do Direito, formados nessa cultura, faz com que seja depositado na investigação preliminar, notadamente no inquérito policial, a finalidade e responsabilidade de se extrair uma espécie de verdade plena e absoluta em relação ao fato investigado, havendo íntima ligação com o que a Inquisição trabalhava como sendo “a verdade”, tida como absoluta e inquestionável. Uma vez que revelada, caracterizando-se como um verdadeiro retorno ao passado para reconstrução

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

⁵⁴ PRADO, Geraldo. **Charla proferida em el ámbito de II Congreso de Derecho Penal y Criminología, realizado em Buenos Aires, por la ALPEC**. 07/11/2013. Disponível em: psigma.academia.edu/GeraldoPrado/Papers. Acesso em: 26/10/2018.

⁵⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 98.

dos fatos de forma quase transcendental e religiosa. Foucault aponta que no período inquisitorial:

[...] o modelo espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar almas se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções etc. É esse modelo que se quer retomado no procedimento judiciário. O procurador do rei, o inquisidor, vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, diocese e comunidades. Vai procurar estabelecer por inquisitivo, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem cometeu.

Dessa forma, percebemos um modelo deveras semelhante ao inquérito dos dias atuais, com mudança de personagens que assumem a posição do inquisidor. Como bem cita Machado,⁵⁶ pouco importa nesse sistema a estrutura da investigação preliminar, que em verdade acaba predominando que seja saciada a “fome investigativa do estilo inquisitorial”, denominada assim por Maurício Dieter, que “o inquisidor, a partir de meras e infundadas suspeitas, tem o poder de desencadear uma insaciável busca pela verdade oculta, utilizando-se de um vasto repertório para a devassa da intimidade, lugar de segredo a ser desvelado”.⁵⁷ Todavia, o caminho percorrido e os métodos utilizados nessa busca pela verdade real podem apresentar-se como tortuosos. Conforme leciona Machado em tom crítico:

O critério que orienta essa atividade persecutória em busca de revelação de segredos e demarcação de responsabilidades não poderia ser outro. Todas as diligências (buscas domiciliares, interceptações telefônicas, prisões temporárias etc.), inclusive as oficiosas, encontrariam justificativa no famigerado “princípio” (sic) da verdade real.⁵⁸

A jurisprudência e muitos manuais em geral, insistem numa suposta distinção entre a verdade real e a verdade formal, com afirmações de que no Processo Civil, o Magistrado contenta-se com a verdade formal, produzida em contraditório nos autos, enquanto no Processo Penal, não pode contentar-se com uma verdade formal, e sim buscar uma espécie de “verdadeira verdade”, como se isso fosse possível. Explicam esse conceito no sentido de que a privação de liberdade exigiria a produção de uma espécie de “verdade absoluta dos fatos”.

O grande problema é que em nome dessa busca desenfreada pela “verdade real” o Estado se hipertrofia e os direitos e garantias fundamentais do investigado se atrofiam, gerando uma espécie de sistema esquizofrênico, uma vez que é como se o Estado se dirigisse

⁵⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 58.

⁵⁷ DIETER, Maurício Stegmann. O Sistema de Investigação Criminal Brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48.

⁵⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 59.

ao indivíduo e dissesse: - *Vou reduzir o grau de densidade dos seus direitos e garantias fundamentais e em alguns casos até mesmo suprimi-los, pois preciso ter uma certeza quase absoluta de que vou te punir de forma justa.* Vale dizer, portanto, que o Estado suprime direitos para buscar maior legitimidade para sua punição, sob o argumento de que se estabeleceu com os atos de investigação e, posterior processo, uma espécie de verdade absoluta, a real e, por isso, a punição é justa e devida.

Prado também critica fortemente a retórica da verdade real, mencionando que “inúmeros porta-vozes autorizados do Direito seguem se valendo da retórica da busca da verdade real, contra todas as fortes e consistentes posições teóricas que reduziram a pó semelhante categoria, como categoria válida do pensamento jurídico e filosófico”.⁵⁹ O autor, ainda, menciona como um problema pior o fato de que “estes agentes penetram com suas ideias nas faculdades de Direito e nas corporações, ‘simplificando’ a tarefa de pensar e gerando os ‘fundamentos’ para a manutenção do *status quo*”.⁶⁰ Com isso, o que percebemos é um problema que vem sendo repassado por gerações com algo correto e justificável, com o fim, sendo utilizado para justificar os meios. Machado no mesmo sentido dispõe que:

[...] de fato, o discurso da verdade, especialmente aquela adjetivada como “real”, apesar de manifestamente falacioso, foi e continua sendo utilizado na tentativa de legitimar abusos e justificar arbitrariedades. A prática da tortura como meio de obtenção de confissão do imputado é um exemplo clássico. Alinha-se perfeitamente a lógica eficientista e cruel do tipo ‘os fins justificam os meios’.⁶¹

Desse modo, existe uma corrente de autores que alertam sobre o perigo que envolve essa busca desenfreada por essa dita verdade real. Vera Malaguti Batista⁶² menciona que essa forma de busca de verdade, tipicamente inquisitiva, predominou no contexto ocidental e se traduz em procedimentos de investigações estruturados a partir de uma relação de força entre quem exerce o poder e o objeto estudado, lembra que todo o roteiro pode ser aprendido nos históricos manuais dos inquisidores. Ratifica-se, assim, as raízes inquisitivas, com a busca pela verdade real, também característica desse período.

⁵⁹ PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.* v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.12.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição.* v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.12.

⁶¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução crítica à investigação preliminar.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 60.

⁶² BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia Brasileira.* 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 24.

Casara e Melchior⁶³ ressaltam que o sistema da busca da verdade real como escopo do processo penal está sedimentada na origem do Código de Processo Penal Brasileiro. Uma vez que Vincenzo Manzini, cuja obra e teoria serviu de base para o Código de Processo Penal Italiano de 1931, inspiração para o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, defendia que o juiz no processo penal, deveria buscar a realidade dos fatos, isto é, a verdade material. O inquérito policial então tem seu sistema de busca da verdade impregnado pelo direito canônico e regulado no Código de Processo Penal brasileiro que possui inspiração de um modelo italiano fascista, sendo adotado no Brasil durante o Estado Novo. Nesse sentido Aury Lopes Júnior menciona que:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos é claro), especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’. Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá a confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para servir bem ao sistema.⁶⁴

Dessa forma, a suposta busca de uma verdade real encontrou terreno fértil para seu cultivo, buscar a confissão para findar a investigação, já que é considerada como principal prova. Para Salah H. Khaled Jr., “regimes autoritários, ditatoriais e totalitários, caracterizam-se pela tendência em produzir ‘verdade’ através de práticas persecutórias”.⁶⁵ Fica fácil perceber que a cultura inquisitória impregnou a persecução penal, gerando nos operadores do direito uma mentalidade inquisitorial e, assim, se mantém viva na teoria e na prática, mesmo dentro de um contexto de Estado de Direito, “o qual por excelência não deveria comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras”.⁶⁶

Aury Lopes Jr.⁶⁷ bem aponta que ainda há autores e atores judiciários que sustentam a mitológica “verdade real” para justificar suas práticas autoritárias, se referindo nitidamente a grande parcela da doutrina e dos operadores do Direito em sua práxis. Apesar da Constituição Federal brasileira de 1988 ter adotado o sistema acusatório, são evidentes as práticas, notadamente no inquérito policial, que ainda são analisadas e teorizadas

⁶³ CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 571.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p.161.

⁶⁵ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

⁶⁶ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 118.

sob o prisma de características inquisitivas. Nesse sentido indica André Luiz Bermudez Pereira:

Nessa toada, sendo a investigação preliminar eminentemente inquisitiva, o titular da investigação tende a repetir o mantra da “verdade real” a fim de justificar ofensa a direitos fundamentais do cidadão. Para além desse fator, a concepção de investigação policial como instrumento de segurança pública e não de justiça criminal reforça o argumento de que a proteção do “cidadão de bem” permite atropelar garantias fundamentais previstas na Carta Magna, justificando práticas autoritárias, para se chegar a “verdade real” dos fatos, acalmando a opinião pública.⁶⁸

Esse sistema de busca da verdade real e absoluta revela, portanto, um sistema processual e de investigação policial autoritário, típico do sistema inquisitivo, além de acabar estimulando deturpações ao Estado Democrático de Direito, uma vez que, o sistema de busca da verdade correspondente a “real”, acaba na prática não encontrando mecanismos capazes de conter práticas abusivas e autoritárias que podem a vir ser empregadas em sua busca. Entendemos, assim, que quando a busca da verdade real ocupa um lugar hegemônico no processo, torna-se difícil respeitar uma série de limites à atividade probatória como, por exemplo, a recusa absoluta de uma prova ilícita. Nesse sentido, afirma Salah H Khaled Jr.: “A obsessiva ambição da verdade legitima um poder que não conhece freios e que acaba quase que invariavelmente sendo utilizado de forma arbitrária”.⁶⁹ Com isso, as consequências têm se evidenciado ao longo da história, com o protagonismo das razões do Estado sobressaindo-se aos direitos fundamentais do indivíduo.

1.3 O PROTAGONISMO DAS RAZÕES DE ESTADO EM DETRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

O Estado Democrático de Direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e tem por característica primordial a subordinação da legalidade a uma Constituição, permanecendo vinculado ao princípio da legalidade, existente já no Estado de Direito. Pela Constituição possuir protagonismo determinante nos Estados Democráticos de Direito, alguns autores até denominam esse modelo como Estado Constitucional de Direito. Nesse regime, o Estado se sujeita à lei que promove igualdade e justiça, não somente de maneira formal, buscando promover e garantir proteção aos direitos fundamentais, zelando pela efetivação do princípio da dignidade humana, caracterizado como elemento nuclear das

⁶⁸ PEREIRA, André Luiz Bermudez. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: Ematis, 2018. p. 65.

⁶⁹ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172.

cartas constitucionais.⁷⁰ Todavia, apesar de o Brasil apresentar-se como um Estado Democrático de Direito, na realidade tem-se um inquérito policial como principal procedimento investigativo para a busca da verdade na fase pré-processual, que tem levantado discussões justamente por apresentar-se como um dos instrumentos com características inquisitoriais trazidas no Direito Processual Penal, com divergências doutrinárias sobre sua prática e a lesão aos direitos fundamentais.

Para Ferrajoli⁷¹, o desenvolvimento de um processo de modo respeitoso dos direitos fundamentais, encontra-se intimamente ligado com a busca da verdade acerca de uma hipótese delitiva, a qual se impõe – diante de um Estado de Direito – como indispensável, requisito a dar guarida à dignidade humana constituindo-se, na ótica do precursor, da “teoria do direito” – em verdadeiro princípio garantista a salvaguardar os direitos humanos, que aparecem – particularmente no processo penal – altamente comprometidos diante das consequências danosas que lhes pode acarretar. Configura-se como uma crítica ao atual Direito Penal, que apesar de se caracterizar normativamente como garantista, apresenta tendências em atender ao interesse de determinados setores.

Gizlene Neder⁷² apresenta importantes fatores históricos que em muito contribuíram no processo, especificamente, brasileiro no que tange a hipertrofia estatal em detrimento dos direitos fundamentais e aumento expressivo do poder punitivo e de punições aplicadas por fatores de “ordem pública”. A autora cita o historiador e jurista português Antônio Manuel Hespanha e faz a seguinte reflexão:

Analisando a relação dos presos na cidade de Lisboa no século XVII (entre os anos de 1694 e 1696), Hespanha constata que os dados disponíveis, sobretudo para estes anos, apontam para um decréscimo progressivo da punição capital das ofensas aos valores ‘particulares’ ao longo da primeira metade do século XVIII e para um acréscimo da punição capital aos atentados aos valores ‘públicos’ claramente políticos (ou seja, salvaguarda da ordem política e da ordem pública) mormente durante o governo do marquês de Pombal [...] Portanto, se antes, a punição real cumpria uma função quase simbólica, a partir da época pombalina, sobretudo, ela passou a desempenhar um papel normativo prático. Ao punir, pretendia-se realmente controlar os comportamentos, dirigir e moldar a ordem social e castigar as violações a esta ordem. Para tal, se fazia necessária uma ação penal eficaz da coroa, crível e temida.⁷³

⁷⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013, p. 102.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

⁷² NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão**. 2.ed. Revan. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 156.

⁷³ NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão**. 2.ed. Revan. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 157-158.

A autora, ainda afirma que a cultura jurídica coninbrense com marcas da religiosidade cristã e do militarismo são muito fortes e “têm atuado enquanto uma permanência cultural bastante expressiva”⁷⁴ até os dias atuais. Um processo penal e uma investigação policial de matriz inquisitiva, calcada no sistema de busca da verdade real, material e absoluta, tem como um dos seus efeitos a hipertrofia Estatal em detrimento dos direitos e garantias individuais. Uma vez que em nome da busca da verdade absoluta se cometem atrocidades, se desrespeitam direitos constitucionais e processuais e em nome de um efficientismo utilitário para busca de tal verdade se legitima o Estado a emanar uma suposta punição justa, o que, por sua vez, gera uma contradição em si mesmo, posto que, se tal verdade foi obtida mediante violação de normas legais ou em detrimento de direitos constitucionais (o que acaba sendo estimulado em nome da busca pela tal “verdade real”) a punição é injusta em sua essência, até mesmo por ser baseada em provas ilícitas, o que por sua vez fere o direito fundamental insculpido no artigo 5, LVI, da CRFB/88, que as proíbe. Nesse sentido Zaffaroni bem define que os Estados Democráticos de Direito:

[...] não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto [...], porém, estas couraças (ou *coursés*) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedida.⁷⁵

Zaffaroni enfatiza, ainda, que o Estado de Direito não é excludente do Estado de Polícia e sim que entre eles existe uma dialética contínua no sentido de que:

O Estado de Polícia que o Estado de direito carrega em seu anterior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca [...] a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutura, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de Direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito.⁷⁶

Aqui uma questão simples, porém importante do presente trabalho se impõe. Um inquérito policial não relido e reinterpretado constitucionalmente perante a Constituição Federal de 1988 é um inquérito que continua fincado sobre as bases teóricas e práticas do Estado autoritário de matriz inquisitiva e, portanto, nele predominam as razões de Estado, se esvaziando os direitos e garantias constitucionalmente garantidos. Nesse passo, não são

⁷⁴ NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão**. 2.ed. Revan. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 148.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 169.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 170.

poucos os autores que trabalham com a ideia de um suposto princípio como o *in dubio pro societate* ao invés da presunção de inocência insculpida como direito fundamental no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 na fase policial, bem como, ignoram completamente a existência de qualquer contraditório ou de eventuais nulidades no bojo do inquérito policial, afirmando que o que pode ocorrer são meras irregularidades. Essa percepção pode ser vista na seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. HOMICÍDIO, NA FORMA TENTADA, PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE EXAME DETALHADO E CUIDADOSO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. A presença de dolo, direito ou eventual, na conduta do agente só pode ser acolhida na fase inquisitorial quando se apresentar de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, eis que neste momento pré-processual prevalece o princípio do *in dubio pro societate*. 2. Os fatos serão melhor elucidados no decorrer do desenvolvimento da ação penal, devendo o processo tramitar no Juízo Comum, por força do princípio *in dubio pro societate que rege a fase do inquérito policial*, em razão de que somente diante de prova inequívoca deve o réu ser subtraído de seu juiz natural. Se durante o inquérito policial, a prova quanto à falta do *animus necandi* não é inconteste e tranquila, não pode ser aceita nesta fase que favorece a sociedade, eis que não existem evidências inquestionáveis para ampará-la sem margem de dúvida. 3. O parágrafo único do art. 9º do CPM, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.299/96, excluiu do rol dos crimes militares os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, competindo à Justiça Comum a competência para julgamento dos referidos delitos. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Tribunal do Júri de Porto Alegre – RS (grifo nosso).⁷⁷

A questão parece se agravar quando se verifica que as razões que os Estados que ganham protagonismo em tal sistema, são facilmente cooptadas e instrumentalizadas pelo sistema econômico, daí o problema da seletividade. Uma vez que o poder punitivo do Estado acaba sendo utilizado como uma espécie de controle social da pobreza, transformando e esfacelando os muros do Estado de direito, trazendo a proeminência um Estado de Exceção permanente, o que leva Agamben a traçar um diagnóstico no sentido de que o Estado de Exceção que tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de Governo dominante na política contemporânea consiste em:

[...] um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo, instaurador de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.⁷⁸

Wacquant também demonstra a inteiração entre os sistemas penal, econômico e social que imporá o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo,

⁷⁷ STJ - CC: 113020 RS 2010/0111378-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/03/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/04/2011.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

acarretando em um Estado mais Policial e Penitenciário e menos econômico e social⁷⁹. Ficando claro que ao invés de ser utilizado para tutela de direitos fundamentais e para limitação do poder punitivo do Estado, o sistema penal é autoritário e “trata-se no fundo de uma verdadeira ditadura sobre os pobres”.⁸⁰ Em uma política de Estado de exceção permanente, se invoca e se limita a política a questões de lei e ordem, predominando expressões como “ordem pública” e “defesa social”. Expressões fluídas, que tem servido como dispositivos autoritários para o desvirtuamento do Estado de Direito.

Assim, assevera Vitória Sulocki que “percebemos que preservação da ordem pública, manutenção da ordem, lei e ordem, grave comprometimento da ordem pública, são conceitos juridicamente fluidos, podendo ser usados politicamente da forma que melhor convier à prática do momento”.⁸¹ Em verdade, lei e ordem no contexto brasileiro se traduzem em Estado de Direito e existência ordeira e segura para alguns e, para outros, Estado Policial e de exceção permanente, através de toda força de lei ameaçadora e do seu aparato, com flagrante desrespeito aos direitos e garantias fundamentais como, por exemplo, a rotineira concessão de mandados de busca e apreensão coletivos em domicílios de comunidades mais pobres.

É o que Wacquant⁸² entende como punir os pobres, sendo o real intuito o de controlar populações perigosas e não de reabilitá-los, como uma forma de estocar esses indivíduos separados com vistas a remediar a incúria dos serviços sociais que se mostram incapazes de tomá-los sob sua responsabilidade. O resultado disso, não pode ser diferente do que efeitos criminógenos que contribuem para a insegurança e para a violência que deveria remediar. Sobre o assunto, Bauman⁸³ sustenta que o confinamento espacial forçado, cuja forma mais radical é a prisão, sempre foi utilizado como método para se lidar com “setores inassimiláveis e problemáticos da população”, como os escravos, os leprosos, os loucos, dentre outros. Esse quadro se agrava ainda mais quando a nossa herança anterior mais remota, em termos de polícia, é de uma polícia escravocrata e mais próxima, antes da vigência do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição de 1988, de um Governo Ditatorial Militar, onde a lógica do Direito era repressiva e autoritária. Conforme afirmado por Nonet e Selznick:

⁷⁹ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 136.

⁸⁰ WACQUANTI, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 10.

⁸¹ SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G.de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 158.

⁸² WACQUANTI, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 137.

⁸³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p.111.

A preservação da autoridade é uma preocupação dominante no mundo oficial do direito. Nessa ‘perspectiva oficial’, o benefício da dúvida cabe ao sistema, e a conveniência administrativa tem enorme peso, um regime de ‘direito dual’ que institucionaliza uma justiça de classe consolidando e legitimando padrões de subordinação social, onde a finalidade suprema do direito é a tranquilidade pública, ‘manter a paz a todo custo e em todas as circunstâncias’ é o ‘objetivo da ordem jurídica’ e ‘as normas legais dão cor a autoridade’, mas seu uso é condicionado por critérios de conveniência política. A razão de Estado exige preservar ampla capacidade de discricção. As normas continuam a ter baixa obrigatoriedade para o soberano. O Reconhecimento de direitos é precário.⁸⁴

Entende-se que a banalização da prisão preventiva e a insensibilidade em relação aos impactos das investigações sobre a economia estão levando o país a uma situação de risco. Schmitt⁸⁵ defendia que o Direito passa pela decisão de “aplicar as normas ou não”, estabelecendo o Estado de Exceção ao suspender essas normas. Sobre o assunto, bem disserta Prado⁸⁶ que a consequência mais visível pode ser vista na acomodação das tradições inquisitoriais no âmbito das novas experiências políticas democráticas e republicanas.

Vale ressaltar que o termo Estado de Exceção, contém em si dois significados: 1) A condição, qualidade de excepcionalidade a qual todos se veem submetidos em uma situação de crise, ou anormalidade grave; 2) A mudança das características do Estado, tido como ente político, o qual em situações de crise ou anormalidade grave vê-se com poderes excepcionais, inclusive, mitigando direitos que em situações normais tem como função proteger. Agamben⁸⁷ trata da teoria do Estado de Exceção não como gênero dos quais são espécies o estado de sítio e o estado de defesa, conforme consta na Ordem Jurídica brasileira, mas como uma espécie de paradigma de governo, com decisões que fogem ao usual, situando-se em um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Para Agamben⁸⁸, o Estado de Exceção, apesar de sua difícil definição possui uma linha tênue entre a proteção do Estado Democrático e o Totalitarismo. O autor ressalta que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao Ordenamento Jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica. [...] O conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o ‘locus’ que lhe cabe.⁸⁹

⁸⁴ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 75 - 78.

⁸⁵ SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

⁸⁶ PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências. **Revista da EMERJ** - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) – 2015, p. 552.

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 38.

⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 38.

⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 38-39.

Na percepção de Dyzenhaus⁹⁰ verifica-se a possibilidade do que ele chama de um “mini” Estado de Exceção, onde a decisão na penumbra pode ser considerada em um estado de emergência, todavia, o descontrole deve ser evitado, sendo inaceitável que a exceção impere.

A ordem pode ser assegurada na medida em que os casos centrais do direito são amplos o suficiente. Mas se os limites entre a essência e penumbra não puderem ser claramente estabelecidos, a essência parece desaparecer e então, para os positivistas, o estado de emergência não pode mais ser controlado.⁹¹

Ocorre, portanto, que se deve buscar a sujeição da Administração à lei e ao direito, sendo que o Delegado de Polícia na presidência do Inquérito Policial é o agente garantidor dos direitos inerentes à cidadania e à dignidade do investigado. Logo, por essa razão é que deve motivar as suas decisões, expondo os motivos de fato e de direito de cada um de seus atos procedimentais dentro do Inquérito Policial. A Portaria DGP-SP 18/98 tem na motivação dos atos decisórios, sua base fundamental de garantia e respeito aos direitos e garantias inerentes a pessoa do investigado. O dever de motivar os atos administrativos é um dever essencial à garantia da cidadania, pois fundamenta as razões das decisões administrativas.⁹²

No inquérito policial, o Delegado de Polícia é legitimado a representar por prisões cautelares. Muitas vezes esse profissional é formado e impregnado por uma cultura inquisitiva no que tange à fase policial, até pelo fato do inquérito ser definido como procedimento inquisitivo. Bem como, por outras deturpações, como um suposto *in dubio pro societate*, onde em eventual dúvida durante a primeira fase da persecução deve prevalecer o interesse do Estado, isto é, do soberano, para, em regra, impor medidas restritivas de liberdade física ou de confisco de bens de acusados através de medidas cautelares, sendo verificado que há vasta doutrina no sentido de que na fase policial predominam as razões e interesses do Estado.

Nesse ponto temos mais uma observação de relevo para este estudo. Em uma investigação policial constitucionalmente relida, o Delegado de Polícia não é um instrumento do Estado de Polícia e sim um “muro de contenção”⁹³ do mesmo. O Delegado de polícia como presidente do inquérito deve se comportar como dispositivo democrático⁹⁴, inserido

⁹⁰ DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford University Press, 1999, p. 15.

⁹¹ DYZENHAUS, David. **Legality and Legimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford University Press, 1999, p. 15.

⁹² HOFFMANN, Henrique. **O Inquérito Policial tem sido Conceituado de Forma Equivocada**. Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 15/08/2017.

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 172.

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39.

dentro do aparelho policial no sentido de que somente deve representar pela prisão quando a mesma for extremamente necessária. Devendo fundamentar as razões de fato e de direito que lhe levaram a representar, tendo em vista que em um sistema democrático a prisão é exceção, o que não ocorre em sistemas autoritários com protagonismo das razões de Estado, onde ocorre a banalização da prisão cautelar, no sentido de que a mesma ao invés de ser exceção se torna regra. Daí a importância de todas as investigações policiais que podem, inclusive, culminar em medidas cautelares segregacionais, terem que sofrer uma releitura constitucional pós Constituição Federal de 1988.

1.4 REFLEXÕES SOBRE O PROTAGONISMO DO ESTADO E REFLEXOS NOS TEMPOS ATUAIS: SELETIVIDADE, CRIMINALIDADE E SUPERENCARCERAMENTO

A atual problemática que reflete na criminalidade e na lotação de presídios pode ser vista como um reflexo de um sistema autoritário, em que predomina uma ação coercitiva, em detrimento de uma preventiva. Para Xavier⁹⁵ a segurança pública se trata da política governamental que mais se tem preocupação nos tempos atuais, nas grandes cidades brasileiras o sentimento é de insegurança, fator que justifica pela redução das políticas públicas de segurança a ações estritamente policiais, deixando de articular políticas sociais.

Sapori⁹⁶ afirma que os indicadores de criminalidade no Brasil são muito preocupantes, justificando pela falta de uma política pública bem definida para lidar com esse problema, com as ações policiais como principal meio de combate, mencionando, ainda, o sistema prisional que se encontra em caos com superlotação e ineficiência em ressocialização. Nesse mesmo entendimento, Ballesteros⁹⁷ aponta que a política de segurança pública no Brasil não tem alcançado êxito por ser pensada e implementada de forma fragmentada e pouco planejada, essa falta de planejamento e integração entre os entes federativos – União, Estados e Municípios – não permite que os resultados sejam positivos, não havendo uma prevenção, somente o combate há algo já instaurado. O que se tem hoje, para a autora, é um sistema com muitas peças e pouca engrenagem.

⁹⁵ XAVIER, Laécio Noronha. Responsabilidade Constitucional e comunitária em segurança pública. *In: Revista Unicuritiba*, 2013, p. 141.

⁹⁶ SAPORI, Luiz Flávio. A segurança pública no Brasil. *In: Em Debate*, Belo Horizonte, v.3, n.1, jan. 2011, p. 12.

⁹⁷ BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. *In: Rev. bras. segur. pública*. São Paulo v. 8, n. 1, fev/mar 2014, p. 7.

Diante do medo generalizado que sente a população, “o legislador penal, desidiioso ou astuto e desobrigado de atender qualquer desígnio de Política Criminal (inexistente), cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal como panaceia de todos os males que a afligem”. No enfoque das influências autoritárias no Direito Penal e Processual Penal brasileiro coloca-se o Inquérito Policial, como bem afirma Prado:

É significativo que o inquérito policial no Brasil haja sido instituído às vésperas da entrada em vigor da Lei do Ventre Livre, em 1871. A hipótese de trabalho mais segura para explicar o fato de a balança do poder penal ter pendido em favor da segurança, por quase duzentos anos, em detrimento da liberdade e de ter alimentado a cultura autoritária que inspirou práticas e leis penais no Brasil – e continua inspirando.⁹⁸

Nesse contexto, dentro de um sistema criminal cada vez mais midiático em uma sociedade líquida,⁹⁹ que exige imediatismos de respostas, há um grande risco à violação sistemática de direitos fundamentais na investigação criminal, sempre em nome das razões de Estado. Hodiernamente, ao ligar a televisão e observar os programas policiais sensacionalistas é possível perceber o indevido deslocamento do espaço judicial para o espaço policial, programas que muitas vezes exaram verdadeiras “sentenças morais” que, face aos meios de divulgação e de informação atualmente disponíveis, são perpétuas. A gravidade está reproduzida na frase de senso comum: “você esquece, mas o Google não esquece”, em referência ao site de busca mais famoso da rede mundial de computadores, onde o fato sempre poderá ser lembrado, gerando inclusive debate no direito civil sobre o chamado “direito ao esquecimento”.

Cabe ao Delegado de Polícia, com dispositivo democrático, filtro de contenção do poder estatal, zelar pela imagem, pela presunção de inocência e toda uma gama de direitos fundamentais na fase policial. O que ainda percebe-se na prática, em alguns casos, é um Delegado ainda não “relido constitucionalmente” que, ao invés de adotar uma postura de contenção, adota uma postura de promoção das razões de Estado típicas de um Estado policial que, para dar vazão à resposta imediata exigida pela sociedade líquida, muitas vezes espetaculariza a investigação policial em detrimento da observação de direitos individuais.

Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), em Dezembro de 2014, a população carcerária no Brasil alcançou o número de 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e dois) presos, o que significa mais de 300 (trezentos) presos para cada 100.000 (cem mil) habitantes, sendo que o número total de vagas

⁹⁸ PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências. *In: Revista da EMERJ* - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) – 2015. p. 8.

⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

do sistema prisional é de 371.884 (trezentos e setenta e um mil; oitocentos e oitenta e quatro).¹⁰⁰ Esse número em um contexto autoritário de “guerras”, seja “guerra ao crime”, “guerra às drogas”, ou qualquer um dos tantos outros tipos de “guerras”, tende a aumentar cada vez mais, uma vez que os operadores do Direito, incluindo o Delegado de Polícia, ao invés de se comportarem e atuarem como um instrumento do Estado Democrático de Direito na contenção do Estado de Polícia, agem como realizadores das razões de Estado, diminuindo a densidade dos direitos fundamentais em nome do “interesse público”.

Importante frisar que nesse cenário de grande encarceramento brasileiro, o número de presos provisórios alcança o elevado percentual de 40% (quarenta por cento), ou seja, cerca de 4 (quatro) em 10 (dez) presos não tem condenação definitiva¹⁰¹. O que representa um número alarmante em um país que tem a presunção de inocência como direito fundamental previsto no art. 5, inciso LVII, da CRFB/88, configurando-se como uma das problemáticas consequências do protagonismo das razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais, qual seja, o inevitável superencarceramento.

No contexto de aumento da violência, crescem demandas de senso comum e clamores por combates militarizados, onde as razões de Estado se agigantam em um cenário de política criminal máxima e garantias mínimas ou nenhuma em relação ao escolhido como inimigo social. Gunther Jakobs¹⁰², professor da Universidade de Bonn apresenta sua tese *Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do cidadão, onde defendeu que aquele que recusa o contrato, no sentido de praticar graves infrações penais (conjunto normativo) se comporta como inimigo e deve ter um Direito Penal próprio para ele, diferente do Direito Penal do cidadão, com menos ou praticamente nenhuma garantia.

Sobre a questão dos clamores sociais, vale destacar de acordo Lopes Junior¹⁰³, que vivemos atualmente em uma sociedade midiaticizada, na qual não há nada que não esteja profundamente relacionado com a mídia nem esteja intrinsecamente por ela influenciado, desde a economia até a religião, passando-se pela política e pelo direito. A mídia atua como propagadora dos acontecimentos mundiais, sendo indispensável no exercício do direito à informação, mantendo os indivíduos que se utilizam de seus meios informados sobre o que

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias** – INFOPEN – Dezembro de 2014, p 11; 14-18.

¹⁰¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias** – INFOPEN – Dezembro de 2014, p. 15-16.

¹⁰² JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Civitas. 2003, p. 87.

¹⁰³ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 170.

acontece ao seu redor e facilitando a convivência e comunicação nos ambientes que frequentam. Muito se discute da divulgação dos fatos apurados na fase de inquérito policial, pois, segundo Saguiné¹⁰⁴, a finalidade do inquérito policial é tão somente a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares.

A atuação, quando abusiva, dos veículos de comunicação muitas vezes estimulada por agentes do Estado pode comprometer direitos e garantias fundamentais e invioláveis dos cidadãos, ao expor incessantemente os envolvidos em crimes de grande repercussão. Além de poder influenciar e manipular as decisões das pessoas do povo nos casos em que estas, através do Tribunal Popular do Júri, decidem futuro de seus pares com base nas informações veiculadas pela mídia. Qualquer julgador em uma sociedade midiática tende a sentir-se pressionado diante da repercussão excessiva de um delito que deve julgar, o que pode comprometer a inocência presumida do acusado exposto.¹⁰⁵

Desse modo, percepções são forjadas pela mídia, que mais do que informar, forma a população; mais do que revelar o real, o constrói. A mídia produz subjetividade, indica como devemos nos comportar, nos relacionar, como ser e viver. Como assevera Nicolitt¹⁰⁶, a mídia pode posicionar-se de forma perversa e irresponsável, fator que tem contribuído para o desgaste das importantes instituições do Estado Democrático de Direito. A mídia produz emoções, encena com dramaticidade, na lógica teatral do espetáculo. O autor ainda destaca a mídia como capaz de destruir as bases sociais, visto que contribui para uma formação deturpada sobre diferentes fatores sociais, como a violência, por exemplo. Assim, os valores, comportamentos e atitudes são definidos e redefinidos, produzidos e reproduzidos pela mídia. Hodiernamente, com a revolução comunicacional, apontada por Zaffaroni et al.¹⁰⁷, o medo se prolifera por todo o planeta e fomenta um discurso autoritário, instantâneo, que subjuga e manipula o indivíduo, através da produção de subjetividade punitiva.

Nesse mesmo contexto ainda, se apresenta uma espécie de dilema para o Estado Democrático de Direito, que vê as razões de Estado pulsarem com muita força, forçando os muros. Isto é, os limites constitucionais e normativos perdem densidade e muitas vezes na prática desaparecem em nome de algumas já citadas expressões como “ordem pública” e

¹⁰⁴ SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, 2015, p. 112.

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 171.

¹⁰⁶ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 128.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires – Argentina: Ediar, 2002, p. 173.

“defesa social” sendo que tais conceitos, em regra são preenchidos pelo Estado, que acaba por atuar como uma espécie de soberano que decide sobre o Estado de Exceção, conforme definiu Schmitt¹⁰⁸. Nesse sentido, Zaffaroni fazendo menção à proposta de quem seja o “inimigo” de Jakobs nos leva a refletir no sentido de que não há como se limitar o conceito de inimigo:

Jakobs pressupõe que alguém deve julgar a necessidade e que este alguém não pode ser outro senão o soberano, em sentido análogo ao de Schmitt. O Estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, torna-se inviável, porque seu soberano, invocando a necessidade de emergência, pode suspendê-lo e designar como inimigo que considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder que dispõe.¹⁰⁹

A seletividade penal brasileira apresenta uma face perversa. Da mesma forma que Jakobs distinguiu o “direito penal do inimigo” do “direito penal do cidadão”. No Brasil o Estado põe em prática um Estado de Exceção permanente para os desfavorecidos nas zonas pobres da cidade, mas preserva, ou tenta priorizar um Estado Democrático de Direito, que é traduzido pela expressão “sensação de segurança” nas zonas nobres e ricas das cidades. É muito comum e até corriqueiro no meio policial a expressão de que o policial tem que saber se portar conforme o ambiente que trabalha: Por exemplo, um policial da zona sul do Rio de Janeiro deve ser mais cuidadoso no atendimento, mais cortês em relação a outro que atue na Baixada Fluminense, onde supostamente lhe é exigida uma postura mais “dura e firme”, tendo em vista que se trata de “públicos diferentes”. Não bastasse isso, nesse contexto de predomínio das razões de Estado ocorrem verdadeiras tragédias normativas que são ainda pioradas na prática, mediante a clara opção governamental pelo combate militarizado “ao crime”. Nesse contexto, repressão ao crime vira “guerra”, locais mais pobres viram “territórios” e pessoas tornam-se objetos, são reduzidas a uma espécie de corpo vivo, sem direitos ou com direitos reduzidos diante das razões de Estado. É o que Agamben chama de *homo sacer* (homem sacro), em suas palavras:

O *homo sacer* seria impuro ou seria considerado propriedade dos deuses. ‘Por que então qualquer um podia matá-lo sem contaminar-se ou cometer sacrilégio?’ [...] ‘O que é, então, a vida do *homo sacer*, se ela se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacriticabilidade, fora tanto do direito humano quanto daquele divino?’ [...] enquanto a *consecratio* faz normalmente um objeto passar do *ius humanum* ao divino, do profano ao sagrado, no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. De fato, a proibição de imolação não apenas exclui toda equiparação entre o *homo sacer* e uma vítima consagrada, mas, [...] a licitude da matança implicava que a violência feita contra ele não constituía sacrilégio no caso de *res sacrae* [...] o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra.
110

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 153.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 163.

¹¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 81, 89-90.

Desse modo, o homem passa a ficar às margens, posicionando-se entre o matável e o insacrificável, tudo que lhe fizerem passa a ser justificável. Nesse sentido, quando há o protagonismo das razões de Estado, o sistema de política criminal fica limitado à política penal, sendo essa a única face visível do Estado para uma parcela considerável da população, que se encontra fora do mercado. Uma demonstração recente disso foi a fracassada política de segurança pública das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) em comunidades carentes do Rio de Janeiro, onde o Estado se fez presente apenas através do seu aparato militar para controlar condutas, não ingressando nas comunidades com os devidos serviços essenciais como de educação e saúde, melhora da mobilidade urbana dentre outros. Morais da Rosa e Amaral observam que

[...] tal estado obsceno de soberania política, o qual a polícia opera e se encarrega de testemunhar com a maior clareza a zona de indiferenciação entre a violência e o direito, não pode se comportar em si, a seu turno, a tradição de um modelo de combate ao inimigo, potencializada pela contínua viabilização da guerra e do extermínio de vulnerabilizados politicamente determinados [...].¹¹¹

Os autores prosseguem a reflexão no sentido de que ocorre uma “militarização da vida” de forma hipertrofiada e que a Polícia, nesse contexto, realiza “o trabalho soberano obsceno conduzido pela política” através de um sistema de cumprimento de ordens em que, na zona de indiferenciação, homens são matáveis e sacrificáveis no espaço público democrático que é ofuscado pela máscara da decisão estatal¹¹². Dentro desse contexto, prisões preventivas para “a garantia da ordem pública” ou “garantia da ordem econômica”, previstas no art. 312, caput, do CPP, acabam por se deturpar no sentido de que uma prisão que pode ser decretada para “garantir a ordem”, dada a vagueza do conceito, acaba por permitir uma espécie de limpeza dos indesejados por meio da intervenção penal. Ficando ao arbítrio do intérprete, isto é, dos operadores do Direito, em regra com mentalidade inquisitiva, preencher seu conceito e manuseá-la. Embora se utilize a expressão “exceção”, um Estado hipertrofiado pela predominância das razões de Estado tem se tornado uma verdadeira regra no Brasil, sendo colocado em prática o Estado de Exceção como paradigma de governo, abordado por Giorgio Agamben, que aponta que o Estado de exceção em que vivemos é a regra.¹¹³

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim da. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 110-111.

¹¹² ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim da. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 110-111.

¹¹³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 40.

Machado¹¹⁴ apresenta alguns exemplos de Decretos de Garantia da Lei e da Ordem editados somente no ano de 2017. São verdadeiros dados que demonstram que o que era para ser exceção se torna regra: Rio de Janeiro (28 de julho a 31 de Dezembro), Distrito Federal (Esplanada dos Ministérios 24 a 25 de maio de 2017), Espírito Santo (06 de fevereiro a 08 de março de 2017), Região Metropolitana do Rio de Janeiro (14 a 22 de fevereiro de 2017), Espírito Santo (06 de fevereiro a 16 de fevereiro de 2017), Região Metropolitana do Município de Natal/RN (20 de janeiro a 4 de fevereiro de 2017) e por todo o Sistema Penitenciário Brasileiro (17 de janeiro de 2017 a 17 de janeiro de 2018).

Cabe ainda mencionar que o Estado do Rio de Janeiro passou por uma inédita Intervenção Federal Militar na Segurança Pública (Decreto n. 9.288, de 16 de fevereiro de 2018) que se estendeu até 31 de dezembro de 2018. Ressaltamos ainda, que o então presidente Michel Temer (PMDB) sancionou a lei que transfere para a Justiça Militar o julgamento de militares que cometerem crimes contra a vida de civis. A Lei 13.491, de 16 de outubro de 2018, dentre outras mudanças acrescentou o inciso III ao §2 do artigo 9º do Código Penal Militar,¹¹⁵ que define o que é crime militar a ser julgado pela Justiça especializada militar. Na mudança legislativa também chama atenção notadamente o inciso III que retira a competência constitucional do Tribunal do Júri deslocando-a para Justiça Militar quando o homicídio for praticado “em atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da Lei e da Ordem”. Serão julgadas pela Justiça Especializada as mortes de civis causadas por militares nas chamadas missões de “garantia da lei e da ordem”, como quando governadores de Estado solicitam o envio de efetivos do Exército, Marinha e Aeronáutica para o controle de situações emergenciais.

É o que acontece, atualmente, na cidade do Rio de Janeiro, quando no dia 11 de outubro de 2017, as Forças Armadas voltaram à comunidade da Rocinha para ajudar a Polícia Militar em operações de buscas no entorno da favela. No fim de setembro, as Forças Armadas já tinham ocupado setores da Rocinha por uma semana, também para auxiliar a polícia

¹¹⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 67.

¹¹⁵ § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – **de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais [...]**. (BRASIL, Código Penal Militar. Lei 13.491/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em: jan.2019).

fluminense. As chamadas Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op.GLO) são definidas na Portaria Normativa n. 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, pelo Ministério da Defesa como:

Uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas em situações de esgotamento dos instrumentos previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem.
116

Chama atenção a vagueza conceitual de diversas expressões utilizadas no conceito do que seja uma operação de Lei e Ordem e das situações que autorizam sua deflagração, dentre elas “preservação de ordem pública”, e a cereja do bolo é a forma aberta que termina com a expressão “ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem”. Sendo certo que a própria portaria menciona que quem determina é o Presidente da República, ou seja, no fim das contas cabe a ele decidir sobre o Estado de Exceção o que remonta a ideia Schmittiana no sentido que o “verdadeiro soberano é o que decide sobre o Estado de Exceção”.¹¹⁷

Importante destacar que em toda a história do homem, independente da comunidade, sempre esteve presente a violência, ainda que em maior ou menor grau. Conforme assevera Ruth M. Chittó Gauer: “trata-se de um elemento estrutural, intrínseco ao fato social, e não o resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção”.¹¹⁸ A psicologia Freudiana explica essa questão no sentido de que “os conflitos de interesses dos homens são resolvidos pelo uso da força, fenômeno que perpassa por todo reino animal, do qual o homem não teria motivo para se excluir”.¹¹⁹

Nesse sentido, declarar “guerra ao crime”, “guerra às drogas”, bem como outras “guerras”, acaba por aumentar a violência, o índice de letalidade praticado pelo próprio Estado, bem como o encarceramento. Além de servir como dispositivo de Estado de Exceção permanente que, ao ser acionado, empodera as razões de Estado, de tal forma, que torna o Estado Constitucional de Direito, fundado em liberdades públicas e orientado para promoção de direitos fundamentais invioláveis a pessoa em um verdadeiro “fetiche”.¹²⁰ Zaffaroni,

¹¹⁶ BRASIL. Portaria Normativa n. 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, publicada no **Diário Oficial da União** n. 23, de 03 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://bdex.eb.mil.br/jspui/handle/123456789/138?mode=full> Acesso em: jan./2019.

¹¹⁷ SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 57.

¹¹⁸ GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. In: GAUER, Gabriel J. GAUER, Ruth M. Chittó. **A Fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 540.

¹¹⁹ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Um diálogo entre Einstein e Freud**: por que a guerra? Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 30.

¹²⁰ BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. In: M.M.'A.B. LIMA; E. BELLO (coords.), **Direito e marxismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 8.

Batista e Slokar¹²¹ exortam no sentido de que a admissão dessa imagem bélica legitimadora do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica um aprofundamento sem limites do que o poder punitivo provoca, que é a debilitação dos vínculos horizontais (solidariedade, simpatia) e reforço dos verticais (autoridade, disciplina).

Em verdade, essa imagem bélica com protagonismo das razões de Estado que são instrumentalizadas através de dispositivos de Estado de exceção, como as tais “guerras” e “combates”, são sinais evidentes de um Estado Policial que destrói os muros de contenção do Estado de Direito. É de difícil, ou impossível, compatibilização um Estado hipertrofiado que age em busca de suas razões em nome de uma suposta “defesa social” e que ao mesmo tempo cumpra sua função primordial como Estado de Direito, que é perseguir a tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Salo de Carvalho nos esclarece que:

A ideologia de defesa social sintetiza, desta forma, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualmente aplicada aos infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante prevenção geral – intimidação – e especial – ressocialização). A estrutura principiológica da IDS permite, assim, ininterrupta (auto) legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado (r) cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por uma estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva do controle social.¹²²

Nesse quadro, a estrutura beligerante do sistema de segurança pública e das reformas penais é facilmente percebida, pois conforme afirma Silva, “inimigo é inimigo mesmo, a ser neutralizado de qualquer forma; guerra é guerra mesmo, implicando inclusive o emprego não seletivo da força e da inteligência militar; combate é combate mesmo; há de haver vencedores e vencido”.¹²³ Conforme Salo de Carvalho, “as engrenagens repressivas, emanadas a partir de conceitos vagos, mas com utilidade policialesca inominável (v.g segurança nacional, inimigo interno entre outros), moldam intervenções punitivas que invertem os postulados legitimadores do Estado de Direito”.¹²⁴ Isso, tem profunda implicação no que tange à investigação preliminar e, em especial, à investigação policial realizada no

¹²¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 59.

¹²² CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p.77.

¹²³ SILVA, Jorge da. Militarização da Segurança Pública e a Reforma da Polícia: um depoimento. In: **BUSTAMANTE, Ricardo. SODRÉ, Paulo César. Ensaio jurídicos: o Direito em revista**. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996, p. 498.

¹²⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p.83.

inquérito policial e presidida pelo Delegado de Polícia. Machado bem sintetiza a situação no sentido de que:

Ao invés de uma concepção bélica de investigação, deve-se buscar o resgate e a efetiva concretização de noções elementares de alteridade. O combate deve ser substituído pelo reconhecimento do outro (radicalmente diferente), porém indispensável à existência do “eu”. De modo excessivamente simplista, poder-se-ia dizer que a consideração do investigado, em uma relação ética de alteridade, também como sujeito de direitos, e não como mero alvo do combate, já representaria uma diminuição considerável da dor.¹²⁵

Conforme podemos depreender deste estudo, o protagonismo das razões de Estado que tem sido constantemente invocadas no Brasil, notadamente em nome da Segurança Pública, com políticas de guerras e combates, contribuem fortemente ao fracasso como Estado Democrático de Direito que deveria ter como objetivo fundamental a proteção e exercício de direitos fundamentais. Em verdade, tal protagonismo faz pulsar o Estado de Polícia, que acaba por se agigantar, rompendo o dique de contenção do Estado de Direito, através de um regime de exceção permanente, que acaba sendo adotado como paradigma e modelo de governo, sendo um sinal claro e evidente a constante opção dos governantes pela estrutura militarizada e bélica.

¹²⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 77.

CAPÍTULO II – O PARADIGMA ACUSATÓRIO (DEMOCRÁTICO) DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO

2.1 PERCEPÇÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, antes de adentrarmos no novo paradigma acusatório e democrático da investigação no Estado de Direito, faz-se necessário mencionar que trabalhamos com a concepção de Estado de Direito trazida por Danilo Zolo, que o considera como um Estado que limita seus poderes, dilata as liberdades individuais e tem como função tutelar os direitos fundamentais. Em suas palavras:

[...] o Estado de Direito é uma versão do estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, e dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e o da ‘diferenciação do poder’. O ‘princípio da difusão’ tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Ele implica, por isso, uma definição jurídica dos poderes públicos e da sua relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos.¹²⁶

Entendemos, assim, que um Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela atuação do Poder Estatal em prol da sociedade, sendo limitado pelos seus direitos fundamentais garantidos através da Constituição Federal. Todavia, pelas inspirações autoritárias do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como aos fatores de sua permanência, como os econômicos e de manutenção de uma sociedade hierarquizada, de uma real seletividade penal e uma série de fatores cujo presente trabalho não teria como esgotar, parte da doutrina Processual Penal, ainda presa uma mentalidade anterior à Constituição Federal Brasileira de 1988, trata o Direito Processual Penal apenas como um Direito “instrumental” e regulamentador do *jus puniendi* Estatal, que nasceria de modo concreto com a prática de um ilícito penal. Um poder-dever do Estado que é fruto de sua soberania e do monopólio do poder de punir.¹²⁷

A pesquisa se dá justamente no sentido de que diante de uma nova ordem política e jurídica democrática imposta pela Constituição Federal de 1988, há que se ir além do

¹²⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31-32.

¹²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.46.

Direito Processual Penal no sentido de apresentá-lo não como uma instrumentalização de poder, que traz, em si, a ideia de criminalização e de castigo. Conforme afirma Prado, há necessidade de ruptura da prevalência da “colonização do discurso jurídico-penal dominante”,¹²⁸ que legitima o crime e o castigo e tem servido para naturalizar as injustiças sociais que o próprio sistema cria. Nesse sentido, deve o Direito Processual Penal ser apresentado como “saber de contenção do poder punitivo”¹²⁹, no “limite ao poder estatal [...] um contrapoder jurídico, na redução do arbítrio e na tentativa de racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizantes”.¹³⁰ Reforçando essa postura crítica em relação à Doutrina Processual Penal, Fauzi Hassan Choukr traz as seguintes considerações:

O desinteresse do mercado jurídico com o Processo Penal tem como uma de suas razões o fato de se trabalhar com um material dogmático sucateado, anacrônico [...]. Isto faz com que haja certas acomodações em posições antigas, muitas vezes pouco críticas e não problematizantes; nem mesmo após a Constituição Federal de 1988 ter operado uma verdadeira ‘revolução copérmica’ dentro do processo penal, inserindo novas garantias ou explicitando antigas [...]. Na verdade, a prática revela uma realidade sombria, a de se procurar adaptar a Constituição ao texto processual penal, e não o oposto [...]. A inserção de garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado a sua natureza e finalidade, aparece como um “passo adiante” na construção de um processo penal garantidor, entendida esta expressão como sendo um arcabouço instrumental penal, uma forma básica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado [...].¹³¹

Então, dentre outras necessidades, é preciso redefinir as linhas do contraditório na investigação policial de forma que não se retire o elemento surpresa das investigações e a sua eficiência, entretanto, em nome de um efficientismo utilitário, não podem ser desconsiderados os direitos fundamentais, dentre eles a presunção de inocência em sua máxima efetividade possível já na fase policial, bem como o contraditório possível e a ampla defesa. Ferrajoli¹³², considerado ícone do garantismo penal, também faz sérios alertas à doutrina penal e processual penal, bem como a acadêmicos, afirmando que há uma verdadeira negligência por parte dos mesmos no que tange ao estudo do que ele denomina de “Direito Policial”, afirmando que o mesmo sempre foi tratado como uma espécie de “direito inferior”, sendo que ele elenca a matéria de direito referente à polícia judiciária:

[...] Trata-se de um crescimento completamente desordenado e, por assim dizer, subterrâneo, que se manifestou em uma imponente legislação pontual, ao lado, como

¹²⁸ PRADO, Geraldo. Prefácio In: AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almeidina 2014, p.31.

¹²⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 99.

¹³⁰ CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.27.

¹³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15.

¹³² FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 616.

um direito inferior e complementar, das grandes codificações penais e processuais. As linhas de desenvolvimento e as matérias deste direito policialesco são essencialmente três: antes de tudo, a prevenção, especial *ante delictum* contra as “classes perigosas”, em geral os “sujeitos perigosos”; em segundo lugar, as funções cautelares *ante iudicium* e/ou de polícia judiciária contra os “suspeitos”, auxiliares ao processo e tanto mais favorecidas nos ordenamentos continentais pelo caráter misto do processo; em terceiro lugar, o direito de exceção *extra legem*, de várias maneiras informado pela razão de Estado, ou ainda mais contingentemente por razões políticas de controle social. A este desenvolvimento crescente e persuasivo contribuiu - já se disse - também a cultura jurídica com o seu explícito aval e, mais frequentemente, com a sua indiferença e o seu desinteresse. O direito de polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos. Manifesta-se, todavia, nesta matéria, uma espécie de esquizofrenia da ciência jurídica: tão atenta aos limites entre direito penal e administrativo, com respeito as contravenções e aos outros delitos de bagatela e, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem a despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policialescas e administrativas restritivas da liberdade pessoal [...].¹³³

Sob essa ótica democrática, há de se fazer uma ruptura interpretativa em relação à própria forma que, em geral, o Direito Processual Penal a apresenta, no sentido de não se ressaltar seu caráter “instrumental” que, em verdade, está ligado a certa exuberância de um poder punitivo em face de alguém suspeito de cometimento de ilícito penal, e sim, ser apresentado como limite e contenção de atuação do Estado no seu poder persecutório e punitivo. Vale dizer, que o Processo Penal como “instrumento de poder” exalta a palavra “soberania”, ligada à ideia de sujeição ao Estado e de castigo a quem delinuiu, centralizando, portanto, no protagonismo do Estado. Já, o Processo Penal como “limite ou contenção de poder” exalta a expressão “garantia” de que o poder punitivo será exercido nos limites constitucionais em obediência ao Estado Constitucional de Direito, com observância da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais.

Nesse contexto, dentro do saber processual penal como limitação ao Poder Estatal e um saber de contenção, estão inseridas as normas atinentes à fase investigativa policial, normas estas que devem ser relidas constitucionalmente e aplicadas através de uma hermenêutica constitucional acusatória, garantista e democrática, não mais de matriz inquisitiva, com inspirações autoritárias. O regramento da investigação policial não pode se ater somente às regras e princípios do Código de Processo Penal de 1941, de matriz nitidamente autoritária e inquisitiva, típica de regimes de exceção, caso contrário, ocorrerá

¹³³ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão:** teoria do Garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 616.

uma inversão lógica que “conduz a tragédias reais e coloca em xeque a própria democracia”.¹³⁴

Ferrajoli nos ensina que a democracia é colocada em risco quando ocorre “no senso comum o declínio dos valores da Constituição [...] uma democracia pode ser derrubada sem golpes de Estado formais se os princípios dela forem violados ou contestados, sem que suas violações suscitem rebeliões ou ao menos do dissenso”.¹³⁵ Assim, a teoria de Ferrajoli visa o estabelecimento de limites e de vínculos não só com o Poder Público, mas também com o poder privado, tendo como propósito uma democracia substancial, nas palavras do autor o garantismo jurídico:

Equivale, em teoria, o sistema de limites e vínculos substanciais, sejam elas quais forem, todos os impostos, autoridades públicas através de normas de grau hierárquico superior àqueles produzidos pelo exercício. É em seu caráter formal, e, por conseguinte, o reconhecimento de caracteres ‘condicionados’ no plano teórico-legal de seus conteúdos, onde reside, a meu ver, a força obrigatória inegável e não discutível de paradigma constitucional; durante a conexão com teses (ou seja, está prevista em) enfraquece o moral valor teórico, reduzindo o constitucionalismo para uma ideologia menos compartilhada, um código moral que sublima como a constituição existente.¹³⁶

Nesse contexto, é possível afirmar que um Estado Democrático de Direito, considerado pelo garantismo ferrajoliano, é aquele que os princípios previstos na Constituição Federal são amplamente respeitados. O Estado Democrático de Direito impõe a ruptura com o paradigma excessivamente inquisitivo da investigação policial, impondo o paradigma garantista, havendo uma diferença central entre ambos: no primeiro, a investigação policial é focada no interesse do Estado, por isso, afirmações no sentido de que a principal finalidade do inquérito policial seria fornecer provas para o Ministério Público, parte acusatória que representa o Estado. No segundo, a investigação policial embora represente interesses do Estado na apuração da verdade, jamais se distancia e zela intensamente pelos direitos fundamentais de todos os envolvidos, com zelo especial em relação aos direitos humanos e necessariamente uma maior abertura democrática, no sentido de permitir a participação da defesa do investigado.

É preciso que se evolua em termos de garantias do investigado já na fase policial contra eventuais arbítrios do Estado, deve prevalecer a figura de um Delegado de Polícia natural, com imparcialidade assegurada, o direito a uma investigação com duração razoável,

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução Alexander de Araújo. São Paulo. Saraiva. 2014, p.14

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 44.

dentre outras garantias constitucionais que devem ser compatibilizadas com uma investigação eficiente. O que pressupõe a necessidade de pesquisas mais aprofundadas sobre a temática específica da constitucionalização da investigação policial, isto é, direitos e garantias já passíveis de aplicação nessa fase.

Por sua vez, Machado apresenta a investigação preliminar como “procedimento cognitivo, iniciado e vinculado a certa notícia crime, que se destina à apuração, em nível indiciário, de fato (passado) aparentemente delitivo, com objetivo de deflagração (ou não) da ação processual penal”.¹³⁷ A expressão “ou não” mencionada por Machado, já se dá no sentido de que o objetivo da investigação policial não é tão somente o de deflagrar uma ação processual penal. A finalidade da investigação de um fato passado não é unicamente o de “promover justa causa para ação penal”, como a maioria dos autores processualistas da área Processual Penal ainda apresenta, e sim o esclarecimento da verdade dos fatos, no sentido de se verificar se ele ocorreu, se realmente é um fato criminoso, se há materialidade, ressaltando-se, ainda, que durante essa atividade persecutória, há de observar de forma estrita os limites legais, convencionais e constitucionais.

Reparemos que dentro de uma perspectiva autoritária e não democrática, inquérito e investigação somente são considerados exitosos quando geram a prisão ou quando geram o Processo Penal, afinal de contas a sua finalidade é “fornecer justa causa para ação penal”, se não forneceu é porque fracassou. Isso ganha relevo diante de práticas policiais e cobranças de produtividade por “inquéritos com autoria”, sendo certo que um inquérito relatado com pedido de arquivamento é considerado “sem êxito”, sendo desconsiderado, inclusive, quando o mesmo tem “êxito” no sentido de comprovar, por exemplo, que o fato sequer existiu, ou que a pretensão punitiva estatal está extinta, como em casos de prescrição ou decadência.¹³⁸

Nessa mesma direção, Henrique Hoffman¹³⁹ apresenta conceito moderno e democrático de inquérito policial, frisando que o mesmo não é “unidirecional”, isto é, destinado a promover somente indícios e provas para acusação, uma vez que também é voltado para defesa. O que leva à reflexão e à flexibilização de forte afirmação de parte da doutrina no sentido de que, pelo fato do mesmo ser inquisitivo, não há qualquer contraditório. O problema percebido na atual prática do inquérito policial, com suas características

¹³⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 100.

¹³⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 100.

¹³⁹ HOFFMANN, Henrique. **O Inquérito Policial tem sido Conceituado de Forma Equivocada**. Brasil, 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 15/08/2018.

inquisitivas, que tem colocado o protagonismo do Estado em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos, apresenta-se, dessa forma, como um risco à democracia. Considerando a representatividade dos direitos individuais, bem como a aplicabilidade seletiva que tem sido percebida no Direito Processual Penal brasileiro, fazendo emergir o chamado ativismo judiciário. De acordo com Leda Rodrigues Boechat, o termo ativismo judiciário surgiu com a Corte de Warren (1953 – 1969), que foi responsável por significativas mudanças sociais nos Estados Unidos, ampliando direitos civis e políticos dos cidadãos americanos, a autora explica que essa Corte era formada por:

Juízes imbuídos da ideia de justiça e convencidos que a Suprema Corte deve também exercer na vida americana função educadora e moral não hesitaram, uma vez suscitada a sua jurisdição por ativos grupos de pressão e diante da inércia dos outros dois poderes constitucionais, em assumir posição de liderança e apontar caminhos a serem trilhados. Fizeram-no na tentativa de procurar ajudar a sociedade americana a tornar-se menos discriminadora, menos violenta, menos agressiva, menos sujeita à histeria anticomunista, e mais igualitária, mais isenta de preconceitos raciais, mais tolerante.¹⁴⁰

Dessa forma, a relevância da Corte de Warren neste estudo paira nessa imposição do Judiciário para fazer valer os direitos fundamentais dos indivíduos, tendo como base a Constituição Federal como “limite ou contenção de poder”. Dentre as importantes contribuições da referida Corte cita-se a integração racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, a redistribuição dos direitos eleitorais, enfatizando-se os direitos processuais dos acusados, considerando que são esses direitos colocados em cheque nos casos de inquérito policial. Rodrigues Boechat¹⁴¹ explica que a Corte levantou como um dos maiores problemas da criminalidade nos Estados Unidos, a discriminação contra os negros e outras minorias, bem como a desigualdade na distribuição de renda, fazendo valer o direito dos acusados durante o processo penal, sendo o mais famoso caso o de *Miranda V. Arizona*:

Miranda v. Arizona. No. 759. Argumentado de 28 de fevereiro a 1 de março de 1966 Decidido em 13 de junho de 1966. 384 US 436 *Programa de Estudos*: Em cada um desses casos, o réu, enquanto estava sob custódia da polícia, foi interrogado por policiais, detetives ou por um promotor em uma sala na qual ele estava isolado do mundo exterior. Nenhum dos réus recebeu um aviso completo e efetivo de seus direitos no início do processo de interrogatório. Nos quatro casos, o interrogatório suscitou admissões verbais e, em três delas, assinaram também declarações que foram admitidas nos seus julgamentos. Todos os réus foram condenados e todas as condenações, exceto no nº 584, foram confirmadas em recurso. *Mantido*: 1. A acusação não pode usar declarações, sejam elas ilegatórias ou inculpatórias, decorrentes de questionamentos iniciados por policiais após uma pessoa ter sido detida ou privada de sua liberdade de ação de qualquer maneira significativa, a menos que demonstre o uso de procedimentos processuais, salvaguardas eficazes para garantir o privilégio da Quinta Emenda contra a autoincriminação. (a) A

¹⁴⁰ RODRIGUES BOECHAT, Leda. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986, p. 20.

¹⁴¹ RODRIGUES BOECHAT, Leda. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986, p. 27.

atmosfera e o ambiente da interrogação incomunicável, como existe hoje, são inerentemente intimidantes e servem para minar o privilégio contra a autoincriminação. A menos que medidas preventivas apropriadas sejam tomadas para dissipar a compulsão inerente ao entorno da custódia, nenhuma afirmação obtida do réu pode realmente ser o produto de sua livre escolha. (b) O privilégio contra a autoincriminação, que teve um desenvolvimento histórico longo e expansivo, é o essencial de nosso sistema adversário e garante ao indivíduo o "direito de permanecer em silêncio, a menos que ele opte por falar no exercício irrestrito de nosso sistema adversário". Sua própria vontade", durante um período de interrogatório de custódia, bem como nos tribunais ou durante o curso de outras investigações oficiais. (c) A decisão em *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, enfatizou a necessidade de dispositivos de proteção para tornar o processo de interrogatório policial conforme os ditames do privilégio. (d) Na ausência de outras medidas efetivas, os seguintes procedimentos para salvaguardar o privilégio da Quinta Emenda devem ser observados: a pessoa sob custódia deve, antes do interrogatório, ser claramente informada de que ele tem o direito de permanecer em silêncio, e qualquer coisa que ele diz que será usado contra ele no tribunal; ele deve ser claramente informado de que tem o direito de consultar um advogado e ter o advogado com ele durante o interrogatório, e que, se ele for indigente, um advogado será nomeado para representá-lo. (e) Se o indivíduo indicar, antes ou durante o interrogatório, que deseja permanecer em silêncio, o interrogatório deve cessar; se ele afirma que quer um advogado, o questionamento deve cessar até que um advogado esteja presente. (f) Quando uma interrogação é conduzida sem a presença de um advogado e uma declaração é tomada, um pesado fardo recai sobre o Governo para demonstrar que o réu conscientemente e inteligentemente renunciou ao seu direito ao conselho. (g) Quando o indivíduo responde a algumas perguntas durante a interrogação em custódia, ele não renunciou ao seu privilégio e pode invocar seu direito de permanecer em silêncio a partir de então. h) As advertências exigidas e a renúncia necessária são, na falta de um equivalente totalmente efetivo, pré-requisitos para a admissibilidade de qualquer declaração, acusatória ou ilícita feita por um réu. 2. As limitações do processo de interrogatório exigido para a proteção dos direitos constitucionais do indivíduo não devem causar uma interferência indevida em um sistema adequado de aplicação da lei, conforme demonstrado pelos procedimentos do FBI e pelas salvaguardas concedidas em outras jurisdições. 3. Em cada um desses casos, as declarações foram obtidas em circunstâncias que não atendiam aos padrões constitucionais de proteção do privilégio contra a autoincriminação. (Tradução Livre).¹⁴²

A jurisprudência apresentada é responsável por trazer um entendimento sobre os direitos do acusado não só em nível estadunidense, mas também, em nível global, sendo evocada no Brasil até os tempos atuais, ficando conhecida no mundo como *Miranda Rights*, também chamado de *Aviso de Miranda*, na jurisprudência pátria, como referente aos direitos do acusado em permanecer em silêncio e não produzir prova contra si mesmo. Reflexos desse ativismo judicial pode ser observado na jurisprudência brasileira atual, como no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). MATERIALIDADE E AUTORIA. Tendo sido o crime praticado após o advento da Lei nº 12.760/2012, que alterou a redação do Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, basta para a tipificação do crime de embriaguez ao volante que a concentração de álcool seja superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou

¹⁴² SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966). Justia Us Supreme Court. 1966. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/> Acesso em: 20 jan. 2019.

igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar , pois que se trata de crime de perigo abstrato, ou seja, a mera conduta já preenche a figura típica, sendo desnecessária a efetiva exposição de potencial dano. Caso em que foi constatado que o réu dirigia veículo automotor sob influência de bebida alcoólica 0,61 mg/l , o que comprometia sua capacidade psicomotora. No ponto, vale acrescentar que o resultado do teste de etilômetro, acostado à fl. 46, comprova que, à data do fato em comento 12/03/2016, o aparelho de etilômetro utilizado no teste de alcoolemia a que se submeteu o réu, encontrava-se em situação regular e calibrado, bem como devidamente verificado pelo INMETRO com data de validade até 18/06/2016 sendo, pois, apto a realizar o teste de alcoolemia. Neste contexto fático-probatório estão plenamente demonstradas a materialidade e a autoria do crime de embriaguez ao volante cometido pelo réu, tendo em vista a probatória prospectada nos autos. NULIDADE DO TESTE DO ETILÔMETRO POR AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA DO RÉU DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. MIRANDA RIGHTS. O direito do investigado ou do acusado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição Federal no rol dos direitos e garantias individuais (Art. 5º, LXIII), que garante status constitucional ao princípio Nemo tenetur se detegere. Caso em que não há nos autos qualquer elemento que demonstre que o réu não foi advertido de seus direitos constitucionais, ou ainda que demonstre que o apelante tenha sido coagido a realizar o teste do etilômetro, observando-se que no caso penal em atenção o acusado foi advertido pela autoridade policial acerca de seus direitos constitucionais quando estava sob custódia do estado. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. Caso em que a pena do réu é a mantida conforme aplicada na sentença, porquanto em sintonia com os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. READEQUAÇÃO. Caso em que cabível a substituição da... pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de um salário mínimo vigente à época do fato. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUSPENSÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. Caso em que cabível a concessão da assistência judiciária gratuita e, com isso, a suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, nos termos do que dispõe o Art. 98 do Código de Processo Civil. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70078754660, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 08/11/2018).¹⁴³

Diante do exposto, chamamos a atenção para a existência desse ativismo judicial já perceptivo em jurisprudências pátrias que tem como base uma Corte americana de importância significativa para o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, em níveis que vão além das instâncias do seu país, devendo-se considerar, ainda, o contexto social brasileiro que tanto se assemelha ao americano desse período, com nítida seletividade do Direito Processual Penal, onde prevalece à desigualdade seja ela racial, de gênero, de classe ou de renda. Percebemos, com isso, que a investigação criminal em um Estado Democrático de Direito, principalmente, na fase de inquérito policial, deve primar pelos direitos fundamentais do indivíduo, com a figura de um Delegado de Polícia natural, que deve ter sua imparcialidade assegurada a partir de uma investigação com duração razoável e eficiente.

¹⁴³ TJ-RS - ACR: 70078754660 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 08/11/2018, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/11/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650311060/apelacao-crime-acr-70078754660-rs> Acesso em: 20 jan. 2019.

Conforme ressaltam Gloeckner e Lopes Jr.¹⁴⁴, os fundamentos possíveis para a existência de uma investigação preliminar aos processos são: 1) a busca pelo fato oculto e a diminuição dos índices, notadamente de casos criminais com mortalidade; 2) função simbólica de salvaguarda da sociedade; 3) garantia contra acusações infundadas na perspectiva de filtro processual. Verificamos, dessa forma, a necessidade de uma verdadeira ruptura de paradigmas na investigação policial no sentido de que, assim como houve ruptura normativa brusca com o regime anterior autoritário, o ideal do Estado Democrático de Direito impõe uma ruptura no que tange ao paradigma inquisitivo de matriz autoritária, impondo-lhe novas bases e novas características, identificadas com a nova ordem jurídica constitucional, o que lhe impõe uma base acusatória e democrática. Nessa acepção, Machado afirma que o maior fundamento democrático da fase preliminar é o viés “reductor de danos ou dores do sistema criminal”.¹⁴⁵ Na mesma linha, Aury Lopes Júnior argumenta que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha papel 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 o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).¹⁴⁶

Nesse contexto, os princípios ganharam com o pós-positivismo uma maior importância, passando a serem considerados como normas jurídicas que a serem priorizados no momento de um julgamento ou na construção de uma lei, o valor moral passou a prevalecer. Assim, considerando o pós-positivismo, têm-se os princípios constitucionais como pontos fundamentais da nova hermenêutica. Joaquim Canuto Mendes de Almeida define nesse mesmo sentido que:

A instrução preliminar é uma instituição indispensável a justiça penal. Seu primeiro benefício é proteger o inculpaado. Dá a defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções.¹⁴⁷

¹⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 101.

¹⁴⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 105.

¹⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008, p. 9.

¹⁴⁷ MENDES DE ALMEIDA, João Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1973, p. 11.

Os doutrinadores da teoria clássica, como Dworkin,¹⁴⁸ consideram que princípios e regras são espécies de norma. A regra, de um lado, tem sua aplicação destinada a uma situação jurídica determinada, enquanto os princípios são genéricos, precisando ser ponderados de acordo com cada caso concreto. Assim, a partir desse entendimento, é possível entendermos os princípios como base do Direito, se configurando como elementos direcionadores da ordem jurídica, devendo-se lembrar, com maior relevo, dos que estão estabelecidos em Constituição Federal. Badaró lembra que o processo penal em si já tem um caráter infamante, o mero fato de estar respondendo ao processo já significa uma “grave pena imposta ao indivíduo”, não sendo possível o acolhimento de denúncias temerárias.¹⁴⁹ Nessa esteira também foi o voto do Ministro do Supremo Tribunal César Peluso, quando por ocasião do julgamento do RE n.593.727 RG/MG cujo colacionamos o seguinte trecho:

[...] A despeito das garantias constitucionais da proibição de prévia consideração de culpabilidade, a só pendência do processo criminal representa sempre, do ângulo empírico, perante a sociedade, um estigma, um sinal infamante, reconhecido como tal não apenas por preconceito. O processo criminal, nesse sentido, constitui palco das chamadas ‘cerimônias degradantes’.¹⁵⁰

O Ministro menciona, ainda, no seu voto que o mero fato de estar sendo processado atinge o *status dignitatis* do acusado. Aqui nesse ponto, faz-se importante ratificar que a pesquisa busca evidenciar se já existem elementos e bases que permitam a realização prática de uma investigação mais democrática, fundada em uma hermenêutica constitucional adequada com o Estado Democrático de Direito.

2.2 A TRANSIÇÃO DO REGIME POLÍTICO AUTORITÁRIO PARA O DEMOCRÁTICO E O INÍCIO DA CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA ACUSATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO EXIGIDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No final dos anos 1970, iniciou-se no Brasil um lento processo de abertura política. Esse processo culminou em manifestações populares nos anos 1980 em favor de uma Constituinte, sendo a mais expressiva a “Diretas Já”. Em decorrência dessa pressão, em fevereiro de 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte cujo trabalho fez emergir o texto da Constituição Brasileira de 1988, um documento que tem como um dos seus principais objetivos previstos nos seus Princípios Fundamentais, a construção de uma

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. A visão econômica do direito. *In*: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 123.

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 105.

¹⁵⁰ Voto do Min. Cezar Peluzo. STF – Tribunal Pleno – RE n. 593.727 RG/MG – Rel. Min. Cezar Peluzo- Rel. Min. p/ Acórdão Gilmar Mendes – j. 14/05/2015 – **Dje** 175 de 04/09/2015.

sociedade livre, justa e solidária, consolidando, assim, o Estado Democrático de Direito no plano jurídico. Vitória Sulocki, ao tratar do tema “Polícia e Políticas Democrática”, fez a seguinte observação:

A sociedade democrática se constrói no cotidiano das práticas sociais, políticas e jurídicas. Qualquer atuação das instituições que se faça a margem da Lei Maior, traz, no mínimo, uma grande incoerência com o sistema jurídico positivado nesta. A democracia tem que estar presente nas instituições básicas do Estado, como valor fundamental, para que ocorra a transformação da realidade social. O Estado, através de suas instituições e políticas governamentais, deve se constituir no agente transformador, suprimindo as demandas sociais básicas, desenvolvendo políticas democráticas em todos os âmbitos que atua.¹⁵¹

Nesse sentido, em uma sociedade democrática as instituições públicas, dentre elas as Polícias Judiciárias, devem atuar de forma democrática, dentro do âmbito de validade da Constituição. Bandeira de Mello afirma que “na medida em que suas instituições e práticas estejam voltadas a este feito transformador, caberia qualificá-los como Estados em transição para a democracia”.¹⁵² Entendemos o tema como de suma relevância por vários fatores, dentre eles o motivo pelo qual Zaverucha¹⁵³ menciona que há um legado autoritário nas relações civil-militares, por não ter ocorrido mudanças substanciais no que tange à Segurança Pública e às polícias estaduais em relação às Constituições anteriores. Nesse sentido se posiciona Zaverucha:

[...] A nova Constituição descentralizou poderes e estipulou importantes benefícios sociais similares às democracias mais avançadas. No entanto, uma parte da Constituição permaneceu praticamente idêntica à Constituição autoritária de 1967 e à sua emenda de 1969. Refiro-me às cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, Polícias Militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral.¹⁵⁴

É preciso ressaltar que a violência estatal no Brasil não nasceu com o militarismo. José Honório Rodrigues¹⁵⁵ menciona que o início da repressão social e econômica começou com degredados, naufragos e desertores, que iniciaram a exploração do trabalho indígena e o comércio do Pau Brasil, sendo certo que se iniciou o regime feudal nas Capitâneas regulando até 1548, onde nas capitâneas hereditárias dentre as atribuições dos capitães donatários

¹⁵¹ SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p.190.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de direito administrativo**, v. 212. 1998, p. 258.

¹⁵³ ZAVERUCHA, Jorge. Relações Civil-Militares: o Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 45.

¹⁵⁴ ZAVERUCHA, Jorge. Relações Civil-Militares: o Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 45.

¹⁵⁵ RODRIGUES, José Honório. **História da História do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979, p.3.

estavam o poder de vida e morte dos donatários. Já Raymundo Faoro ¹⁵⁶ sustenta que o Reino Português era um estado patrimonial e não feudal, mas a dinastia dos Avis, com a Naus de Vasco da Gama já trazia a violência, a repressão, a guerra e a matança para a manutenção de seus negócios. Desde o Brasil Colônia, portanto, institui-se a prática punitiva para manutenção do poder e perdura até os tempos atuais.

Para Faoro, ¹⁵⁷ a origem da Instituição Policial Brasileira, conforme documentação existente no Museu Nacional do Rio de Janeiro data de 1530, quando da chegada de Martin Afonso de Souza enviado ao Brasil, todavia há uma discussão teórica sobre esse início de atividade policial no Brasil, pois outros estudiosos, como Holloway, ¹⁵⁸ entendem que o corpo militar formado em solo brasileiro que acompanhava Martin Afonso não pode ser caracterizado como Polícia por não atender os princípios básicos da atividade policial, ou seja, policiar e gerar segurança à coletividade, e atribuem como marco inicial da atividade policial militar a vinda da Família Real em 1808, que reproduziu um modelo do que havia em Portugal, com subserviência da Polícia aos interesses da coroa e das elites. Independentemente da posição doutrinária que se adote sobre o marco inicial, uma tônica é comum às duas posições: uma instituição que servia para proteger o Poder e as elites.

Embora a violência estatal não tenha nascido com o militarismo, ao tratar dos legados autoritários no Brasil, Zaverucha ¹⁵⁹ ressalta que a Constituição Federal de 1988 estabelece que a Polícia Militar consiste em uma força auxiliar do Exército, o que é comum durante regimes autoritários. Em regimes democráticos, o mais comum é que o Exército seja uma força reserva da Polícia. O inverso ocorreria somente em períodos de guerra. Em estudo específico sobre o tema, Cesarini e Hite definem que legados autoritários são “regras, procedimentos, normas, padrões, práticas, disposições, relações e memórias originadas em experiências autoritárias bem definidas do passado que, como resultado de configurações ou forças políticas, sobrevivem à transição democrática”. ¹⁶⁰

Fazendo um recorte temporal e indo diretamente para a legislação atual, verificamos que a Constituição Brasileira de 1988 no art. 144, parágrafo 5º, dispõe que a Polícia Militar é a polícia ostensiva a quem cabe a preservação da Ordem Pública. Logo,

¹⁵⁶ FAORO, Raymund. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1975, p. 120.

¹⁵⁷ FAORO, Raymund. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1975, p. 120.

¹⁵⁸ HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão numa cidade do século XIX**. Tradução de Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: FGV, 1997, p. 57.

¹⁵⁹ ZAVERUCHA, Jorge. **FHC, Forças Armadas e Polícia: entre o autoritarismo e a democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 24.

¹⁶⁰ CESARINI, Paola; HITE, Katherine. Introducing the Concept of Authoritarian Legacies. In: CESARINI, Paola; HITE, Katherine (Ed.). **Authoritarian Legacies and Democracy in Latin America and Southern Cone**. Notre Dame: Notre Dame University Press, 2004. p. 4.

embora a Constituição tenha estabelecido um Estado Democrático de Direito, manteve a sua estrutura da polícia ostensiva como uma instituição militar o que gera muitas críticas, pois a doutrina do militarismo estaria associada à ideia da doutrina da Segurança Nacional adotada durante a ditadura militar que institucionalizou a repressão violenta ao crime comum, que conforme menciona Luiz Antônio Machado da Silva¹⁶¹ suscitou a consequência de aproximar a violência política da violência comum, fazendo com que se modificasse a representação coletiva do crime, o que adquiriu proeminência, saiu das últimas páginas dos jornais e veio a se estabelecer como um problema central de agenda pública e de lá para cá nunca mais a questão da manutenção da ordem pública deixou de ser tratada pelos governos através de um viés repressivo, separado do conjunto da atuação das agências estatais.

Zaverucha tece críticas ao fato da Constituição de 1988 ter reunido no mesmo Título V (Da defesa do Estado e das Instituições), três capítulos, sendo o I “Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio”, o II “Das Forças Armadas” e o III “Da Segurança Pública”, incluindo neste último as Polícias, o que o leva a: concluir que as polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão; fazer críticas ainda ao que chama de “militarização” da Segurança Pública, onde uma estrutura militarizada realiza a função civil de patrulhamento e policiamento ostensivo, havendo o que ele denomina de “supremacia” da Polícia Militar em relação à Polícia Civil, o que muito se assemelha ao regime autoritário anterior.¹⁶²

Concordamos com as críticas de Zaverucha no sentido de que a Constituição, no que tange à definição dos papéis das Polícias foi, no mínimo, pouco descritiva, e que ao reunir Estado de Sítio e Estado de Defesa, Forças Armadas e Segurança Pública dentro do Título V, parece priorizar as razões de Estado; todavia, neste particular, há a necessidade de se interpretar a Constituição como um todo harmônico, utilizando-se da interpretação sistêmica, que parte do pressuposto de que a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia.

A unidade é ditada pela Constituição, enquanto que a harmonia tem de ser mantida pela prevenção e solução de conflitos normativos;¹⁶³ vale dizer, embora a inclusão no Título V sugira realmente uma Polícia que atue sempre ou predominantemente em favor

¹⁶¹SILVA, Luiz Antônio Machado. **Violência e Ordem Social** – Livro Crime, Justiça e Polícia. São Paulo: Ed. Contexto, 2014, p. 28-29.

¹⁶²ZAVERUCHA, Jorge. Relações Civil-Militares: o Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 46.

¹⁶³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 42.

das “razões de Estado”, nosso Ordenamento Jurídico que, como já fora dito, tem como valor axiológico fundamental o da dignidade da pessoa humana, do qual se irradiam diversos princípios, direitos individuais e fundamentais, inverte essa lógica, de forma que toda atuação policial deve ter como vertente principal o respeito pela dignidade da pessoa humana, dos direitos individuais e fundamentais.

Caso contrário, prevalecendo uma interpretação no sentido de que a atuação policial privilegia e coloca, em primeiro plano, expressões como segurança pública e ordem pública, em detrimento da proteção de bens jurídicos e direitos individuais como, por exemplo, vida, integridade física, dignidade sexual, liberdade e patrimônio (dentre outros), estaríamos diante de um Estado Policial e não de um Estado Democrático de Direito, expressamente mencionado no texto constitucional logo em seu artigo 1.¹⁶⁴

Logo, a interpretação sistêmica impõe que a atuação policial que está compreendida na segurança pública é instrumental para se assegurar outros bens jurídicos e direitos fundamentais, jamais um fim em si mesmo; essa deve ser a lógica em um Estado Democrático de Direito. É através desta lente que prosseguiremos neste estudo, isto é, a segurança como um bem jurídico coletivo que não pode ser vista apenas em uma perspectiva limitadora de direitos fundamentais, mas sim dentro de uma visão humanista garantidora da liberdade física e psicológica plena, para que se possa exercer toda uma gama de direitos fundamentais.

Essa afirmação pode ser constatada pela própria disposição topográfica dos títulos da Constituição Brasileira de 1988, onde, de forma inédita, o Título II trata dos direitos e garantias fundamentais e o Título III trata da Organização do Estado,¹⁶⁵ ou seja, os direitos e garantias fundamentais aparecem de forma prévia à organização do Estado, o que é coerente em uma constituição democrática e em um Estado Democrático de Direito, isto é, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, antecedem as razões de Estado. Com a mudança do regime político autoritário para o democrático, teoricamente, a investigação preliminar, dentre elas a policial, passa a ser estruturada constitucionalmente.

Ainda que a Constituição traga pouco, ou quase nada sobre investigação policial diretamente, em dispositivos expressos, fato é que ao constituir a República Federativa do Brasil em um “Estado democrático de Direito” no seu artigo 1, *caput*, e definir a “dignidade da pessoa humana” como princípio fundamental, elevado pela doutrina constitucionalista a

¹⁶⁴BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jan/2019.

¹⁶⁵BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jan/2019.

“valor axiológico central”¹⁶⁶ no inciso III do mesmo artigo e, ainda, estabelecer um rol extenso de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, tratados como cláusulas pétreas imodificáveis pelo processo de Emenda, promove uma verdadeira ruptura Constitucional com regime autoritário, impondo o regime democrático que passa, assim, a permear todo o sistema jurídico, dentre eles o sistema jurídico penal e processual penal, incluindo a fase pré-processual. Com essa ruptura, a investigação policial goza, no plano teórico, de importância fundamental em um sistema criminal fundado na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Machado afirma que:

A existência da etapa instrutora prévia (ou seja, anterior ao processo) visa teoricamente afastar acusações desvairadas, sem elementos informativos mínimos, em face dos quais o único efeito concreto será aquele decorrente das “penas do processo”, quais sejam, a eterna rotulação de acusado e todas as suas consequências nefastas a subjetividade, o que independe de qualquer condenação.¹⁶⁷

Em síntese, o processo por si só gera uma imensa dor e um ônus àquele que é acusado injustamente, sem que haja uma base razoável, ou seja, uma justa causa para o processo. Por isso, Aury Lopes Jr afirma que a instrução prévia é:

[...] absolutamente imprescindível ao processo penal sob pena do mesmo ser irracional. [Considera um] grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar, pois o processo penal encerra um conjunto de penas processuais que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar.¹⁶⁸

O Processo Penal, além de gravoso no que tange a esfera das liberdades individuais, tem elevado potencial para criar ou reforçar estigmas, o que por si só já é grave e em uma sociedade hierarquizada fica ainda pior, pois a seletividade penal tende a estigmatizar ainda mais os pobres. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que o processo penal em si constitui mecanismo de intervenção radical e implica significativo gravame ao *status dignitatis*, o que obriga o Juiz, antes de receber a ação penal, ter que zelar pela sua higidez, ainda que não adentre no mérito, somente admitindo o processo que tenha comprovado embasamento.¹⁶⁹

Parcela da doutrina processual penal, ao conceituar “justa causa”, menciona “elementos mínimos” de autoria e materialidade.¹⁷⁰ Já Schuneman,¹⁷¹ em uma visão que nos

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

¹⁶⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 57.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.264.

¹⁶⁹ STJ – Sexta Turma – RHC 40.821/RS . Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j.em 13.05.2014 – Dje de 27.05.2014.

¹⁷⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 97.

parece mais harmonizada com um sistema democrático, regido pela presunção de inocência, dentre outras garantias, fala em “justa causa” como “uma alta probabilidade de condenação” a legitimar o início do processo penal. Por essa perspectiva, em um sistema democrático, os elementos de investigação que autorizam e legitimam o início de um processo penal, que por si só já gera dor, devem ser robustos e não “mínimos”, muitas vezes pálidos e inconsistentes que conseguirão tão somente estigmatizar um investigado, o tornando em um réu absolvido, todavia totalmente maculado pelas “penas da investigação”.

Carnelutti menciona que “o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado”.¹⁷² Aqui nesse ponto cabe mencionar uma das transformações constitucionalmente impostas, ou desejadas uma vez que ainda não postas em prática, por uma Constituição que zela pelos direitos fundamentais e impõe um modelo de investigação permeado pelo sistema acusatório e democrático, não mais inquisitivo e autoritário, qual seja: A investigação preliminar concebida para evitar as penas do processo, contudo não raras vezes a investigação por si só já seja uma pena. Sequer a presunção de inocência ainda atingiu a pujança necessária e reclamada por sua condição de direito fundamental e cláusula pétreia insculpida no inciso LVII do art.5 da CRFB/88. Como bem observa Paraguassu:

[...] em 1988 a Constituição, vigente atualmente, que protege os direitos e garantias fundamentais, entre os quais o princípio da presunção de inocência e as prerrogativas da vítima. Contudo, também na prática não se verifica o cumprimento do devido processo legal para todos os prisioneiros, perseguidos e torturados, em pleno dito Estado Democrático de Direito.¹⁷³

Nesse sentido, Machado cita o famoso caso da “Escola Base”, em que:

[...] suspeitos de abuso sexual contra alunos de uma escola de educação infantil em São Paulo, no ano de 1994, foram execrados publicamente, inclusive com ameaças de morte, depredação de local e etc., em razão da lastimável exploração midiática e policial durante as investigações. Importante sublinhar que, naquele caso, os suspeitos sequer chegaram a ser acusados formalmente, pela via do processo penal, por tais fatos – comprovados inexistentes ao final do inquérito policial. Toda a dor foi gerada na fase preliminar de investigação.¹⁷⁴

¹⁷¹ SCHUNEMAN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36.

¹⁷³ PARAGUASSU, Mônica Correia da Silva. **Presunção de inocência: Uma questão de princípio da vingança e da justiça**. Niterói: UFF, 2011, p. 88.

¹⁷⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 57.

De fato, com uma mentalidade inquisitiva e autoritária que ainda permeia grande parte da sociedade, da mídia e até mesmo dos operadores do direito, há um indevido deslocamento do espaço judicial para o espaço policial, uma demonstração disso é o grande número de programas televisivos fundados em fatos “escandalosos” gerados por investigações policiais, muitas vezes sem que sequer exista o processo judicial ainda, o que de certa forma responde aos anseios de uma modernidade líquida ¹⁷⁵ afeta ao imediatismo e também uma sociedade calcada no espetáculo, ¹⁷⁶ muitas vezes proporcionado com a violação de direitos fundamentais alheios.

A dor sem dúvidas já é inerente ao sistema penal, todavia Machado afirma que a mesma “tem sido potencializada em face da adoção de certos fundamentos na instrução preliminar, como aqueles pautados pela busca da verdade (real), pelo combate ao inimigo (criminoso), pela burocracia banal e pelo entretenimento (ou espetáculo) criminal”. ¹⁷⁷ Sendo tais fundamentos rotineiramente utilizados quando o Estado invoca o “combate ao crime” como justificativa de imposição de um Estado de Exceção permanente como paradigma de Governo, ¹⁷⁸ notadamente através do poder penal e processual penal. Nesse sentido, uma investigação democrática, permeada pela dignidade da pessoa humana, ao identificar a dor promovida, deve agir em contenção, isto é, buscar a ruptura e a superação dos modelos de investigação autoritários baseados na promoção da dor. Mais do que isso, é romper com práticas de um Estado de exceção permanente que utiliza as razões de Estado em detrimento dos direitos e garantias fundamentais e migrar para um Estado Democrático de Direito que somente o é quando zela pela tutela de direitos fundamentais.

Em que pese limitações naturais e críticas possíveis, o sistema de garantias proposto por Ferrajoli ¹⁷⁹ apresenta ainda um potencial transformador ao exercício concreto da persecução criminal brasileira. O resgate da dupla base normativa (convencional e constitucional), orientada pelo estado de inocência, desde que levado a sério na (re) fundação jurídica do sistema de investigação preliminar, encontra na justa causa uma importante baliza contramajoritária. Uma investigação autoritária regida por uma mentalidade altamente inquisitiva, em regra se funda no protagonismo das razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais, que tem como um de seus sintomas o suposto princípio do *in dubio pro*

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 8.

¹⁷⁶ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto editora, 1997, p. 14.

¹⁷⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 58.

¹⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 10.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

societate que sequer possui qualquer previsão legal, sendo, na verdade, fundamentado por uma construção autoritária de parte da doutrina e apontado como um dos que rege a investigação preliminar.

Vê-se aí uma herança autoritária, tendo em vista que a presunção de inocência é direito fundamental e se harmoniza com a necessidade de exigência de uma justa causa para propositura da ação penal em juízo. Vale dizer que somente o trânsito em julgado é capaz de elidir a presunção de inocência, a afirmação correta é de que não há *in dubio pro societate* no sentido de que o investigado é presumidamente inocente, todavia, é possível iniciar um processo penal contra um presumidamente inocente desde que haja justa causa para isso. Essa justa causa é uma baliza contramajoritária, no sentido de que não são todas as investigações que vão gerar um processo criminal, muito ao contrário, somente as investigações que, respeitando os direitos e garantias fundamentais, as previsões legais, convencionais e constitucionais, alcançarem os indícios de autoria e razoáveis, que não podem ser pálidos e inconsistentes, tem que ser robustos e suficientes.

Frise-se que dentro desse paradigma, a justa causa não pode e não deve ser buscada a qualquer custo, pois há uma mudança no que tange a finalidade do inquérito policial, não sendo o mesmo unidirecional. Vale dizer, a finalidade de um inquérito policial, por mais que tenha natureza inquisitiva, em um sistema acusatório, não é buscar a justa causa para o Ministério Público propor a ação penal, e sim, buscar a verdade dos fatos a fim de evitar processos penais temerários que atinjam os direitos fundamentais das pessoas.

Quando balizamos o presente trabalho como orientado também pela Teoria Crítica,¹⁸⁰ não é no sentido de criticar por criticar e sim no sentido de revolucionar o saber por meio da crítica ao senso comum teórico sobre a fase pré-processual, buscando demonstrar que há base normativa e teórica para que haja uma ruptura na práxis, no sentido de que tal fase pode e deve ser realizada de forma democrática. Cirino dos Santos¹⁸¹ trabalha com uma criminologia que vai na contramão das distorções positivistas, rompe com a suposta neutralidade do Direito e que revela as ligações entre as estruturas econômicas, jurídicas e políticas do Estado, uma ferramenta importante para compreensão sobre uma massa de excluídos socialmente, eleita como alvo principal, de uma política criminal seletiva. Segundo Wacquant, o pensamento crítico mais proveitoso é aquele que:

Promove o casamento da crítica epistemológica com a social, questionando de maneira contínua, ativa e radical as formas estabelecidas de pensamento e as formas

¹⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas. Revista Sequência. Florianópolis: UFSC, n.5, 1982, p. 48.

¹⁸¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2008, p. 127.

estabelecidas de vida coletiva – ‘senso comum’ [...] pensamento crítico é o que nos dá meios de pensar o mundo como é e tal como poderia ser.¹⁸²

Um inquérito de matriz inquisitiva, com a fase pré-processual toda orientada por uma mentalidade inquisitiva e autoritária, afiançada por parcela da doutrina processual penal, que tem funcionado como uma espécie de senso comum tem sido um instrumento poderoso para um Estado autoritário, que governa através de um regime de exceção permanente como paradigma de Governo,¹⁸³ prevalecendo as razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais, não concretizando as diretrizes impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe um novo paradigma.

Agamben¹⁸⁴ faz um diagnóstico em sua obra, um sistema autoritário que se vale de um Estado de Exceção permanente para governar e assim flexibilizar direitos e garantias, conforme lhe convém, colocando em risco o Estado de Direito, conforme conceituado por Danilo Zolo,¹⁸⁵ no sentido de que somente é Estado de Direito àquele que “persegue a tutela de direitos fundamentais”. Ferrajoli fornece um sistema teórico, o sistema de garantias, com potencial transformador teórico e conseqüentemente prático, que se aplicado é de grande valia na contenção do poder punitivo e com potencial transformador no sentido de que prevaleça o Estado de Direito. De acordo com o autor:

As mazelas flagrantes- e por todos conhecidas- do sistema penal brasileiro, são resultado direto da falta de comprometimento político-ideológico, no sentido de respeito intransigente aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, por parte daqueles que atuam na área, inclusive no seu campo teórico (a doutrina).¹⁸⁶

A sociedade de risco, surgida ao final do século XX, frequentemente pleiteando por demandas, por tutelas, neste século XXI se insere num plano de individualidade massificada, querendo soluções instantâneas e, de preferência, midiaticamente populares. A criminalidade toma rumos mais abrangentes, organizados, internacionalizados. O crescimento desmedido da população mundial, o discurso de mercado para manter a engrenagem funcionando a qualquer custo, o descaso e o despreparo político, dentre tantos, na área criminal, favorecem e, de certo modo, influenciam a violência, a criminalidade. O inimigo

¹⁸² WACQUANT, Loic. *As duas faces do Gueto*. Trad. Paulo Cesar Castanheira. São Paulo, Boitempo 2008, p.133-134.

¹⁸³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 10.

¹⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

¹⁸⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 34.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). *Direito e razão: teoria do Garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67.

político de Schmitt ¹⁸⁷ está institucionalizado e a guerra civil é cotidiana, ainda que sob o argumento de manutenção da ordem social e da própria ordem democrática. A sociedade vira massa de manobra, no qual o discurso do medo e do direito penal do inimigo lhe envolve, carregando-a, assim como o vento carrega um grão de areia. Uma forte pressão se encontra no Congresso Nacional Brasileiro, como por exemplo, para que seja aprovada uma Emenda Constitucional no sentido de reduzir a imputabilidade penal de 18 anos para 16 anos, isto é, a opção pela criminalização de menores ao invés de melhores opções como, por exemplo, uma reavaliação do sistema educacional e das desigualdades. O Direito Penal apontado como *ultima ratio*, passa a ser a primeira, em clara inversão.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO ACUSATÓRIA (DEMOCRÁTICA) NO ESTADO DE DIREITO

Inicialmente, cabe-nos fazer uma distinção entre a afirmação de que o inquérito policial é inquisitivo, no sentido de possuir as características do sistema processual inquisitivo, com um inquérito com práticas inquisitivas e autoritárias, que objetalizam investigados e suprimem garantias constitucionais em nome dessas supostas características. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho trabalha a ideia de que a distinção entre os sistemas processuais acusatórios e inquisitivos não reside apenas na distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, mencionando que a diferença em verdade está nos princípios que os regem, o dispositivo e o inquisitivo, respectivamente. Para o autor o critério diferenciador é a gestão da prova, pois, “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma como ela é realizada, identifica o princípio unificador”. ¹⁸⁸

Portanto, se no inquérito policial, cabe ao Delegado gerir a prova, uma vez que é responsável pela colheita dos elementos de informação, sendo que é o próprio que decide ao final pelo indiciamento ou não, por tal critério fica evidenciado que o inquérito policial consiste em um procedimento inquisitivo. O grande problema é que na prática do dia a dia dos atores da persecução penal, tal característica é distorcida e utilizada para se desprezar o sistema acusatório imposto pela Constituição Brasileira de 1988, legitimando práticas antidemocráticas e autoritárias na investigação policial, como se a Constituição de 1988 em

¹⁸⁷ MURARO, Mariel. **O inimigo em Carl Schmitt, o direito penal do inimigo em Jakobs e o estado de exceção**, 2012.

¹⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre. n. 1. 2001, p. 28.

nada tivesse afetado o inquérito policial, por conta desta característica. David Queiroz nos dá um diagnóstico no sentido de que:

Não obstante a Constituição Federal de 1988, eminentemente democrática, ter rompido, pelo menos formalmente, com o sistema político autoritário que antes imperava, é possível afirmar que seus mandamentos não foram, na plenitude, absorvidas na investigação preliminar realizada no Brasil, notadamente pelo inquérito policial. As regras que disciplinam a fase pré-processual permanecem praticamente inalteradas desde a edição do Código de 1941.¹⁸⁹

Sendo assim, se nega a possibilidade de uma abertura democrática na investigação, no sentido de se buscar um contraditório mitigado possível com participação da defesa no inquérito policial. Além disso, surgem afirmações no sentido de que o inquérito policial não se sujeita a nulidades e sim a meras irregularidades, mesmo que viole direitos fundamentais. Da mesma maneira, a presunção de inocência acaba sucumbindo a um suposto princípio do *in dubio pro societate*, em que o inquérito policial e as funções do Delegado de Polícia permanecem ligados à ideia de defesa social e instrumentos do poder punitivo estatal e não a fatores de contenção de tal poder.

Logo, para pensarmos um inquérito policial com a característica de inquisitivo e compatibilizá-lo com a Constituição Federal de 1988, há que se pensar, de forma crítica, em uma investigação acusatória e democrática. Buscando como ferramenta uma melhor hermenêutica constitucional, mecanismos que possibilitem delineá-la com as mudanças necessárias, visando dar suporte teórico para que a mesma seja praticada de forma diferente da atual. É preciso teorizá-la de forma crítica em relação ao que tem sido escrito em grande parte dos manuais de processo penal que atualmente teorizam a investigação preliminar e o inquérito policial. David Queiroz bem diferencia, afirmando que:

A inquisitorialidade da persecução penal hodierna não pode ser confundida com o processo penal inquisitório desenvolvido segundo o modelo canônico, tendo em vista as diferenças na concepção de Estado, poderes dos atores judiciais e práticas legais desenvolvidas no curso da persecução penal, entre outros fatores. Práticas autoritárias, persistentes na atual fase de investigação preliminar (e na persecução penal como um todo) – como a iniciativa probatória do juiz, o indiciamento, a busca da verdade, o desprestígio e a posição supérflua da defesa, entre outros atos autoritários – não podem encontrar refúgio na legalidade de característica inquisitiva da investigação preliminar.¹⁹⁰

Ou seja, há necessidade de se estabelecer uma investigação policial de base democrática e acusatória. Uma investigação acusatória, de base democrática é em verdade um instrumento de efetivação de garantias constitucionais. Como bem nos lembra Machado:

¹⁸⁹ QUEIROZ, David. A impermeabilidade do processo penal. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017. p. 78-79.

¹⁹⁰ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 81.

Ao contrário do que se pode pensar, as garantias processuais penais não se destinam a favorecer o imputado, mas sim a proteger todas as pessoas contra o exercício indevido do poder punitivo e o risco concreto do sofrimento injusto. Essa preocupação deve(ria) informar todo e qualquer sistema processual penal moderno.¹⁹¹

Com a mudança de paradigma imposta pela Constituição Brasileira de 1988, surgiu na doutrina uma espécie de debate sobre a aplicação ou não das garantias processuais em relação ao investigado, bem como, em caso positivo, qual seria o grau de aplicabilidade e extensão. Victória Sulocki bem resume a controvérsia doutrinária da seguinte forma:

O inquérito policial, de natureza administrativa, não se confunde com a instrução criminal de natureza processual. Daí a polêmica suscitada em torno da aplicação ou não dos princípios processuais inscritos na Constituição, especialmente os do contraditório e da ampla defesa (art. 5. LV), ao inquérito policial. Alguns autores acreditam que, por não se constituir ainda em processo, mas apenas em procedimento administrativo, no qual não há um “acusado”, no máximo “indiciado”, as garantias processuais não se aplicariam ao inquérito policial. Outra corrente sustenta a tese de que, sendo a investigação uma “carga processual” na qual apesar de não haver processo, há um conflito de interesses (indiciado x Estado), a inserção de tais garantias, já na fase inquisitorial, se faz imprescindível. [...] Na medida em que os direitos fundamentais, inscritos na Carta Magna, assumem uma conotação de valores superiores, com um significado meta-jurídico, a serem observados em todos os campos, eles devem ser o fio condutor de qualquer atividade do Estado; então, não há que se discutir se as garantias constitucionais devem ou não ser aplicadas no inquérito policial, sendo um imperativo que sejam.¹⁹²

A parcela da doutrina processual penal citada por Sulocki que ainda enxerga o inquérito como um procedimento administrativo no qual não se efetivariam as garantias constitucionais do contraditório e da defesa, é muito grande. A referida autora atribui esse fato, a um passado arbitrário que dificulta a mudança de práticas: “Infelizmente, na prática, não se verifica a obediência e esses princípios constitucionais, sendo eles, na maioria das vezes, considerados como um empecilho para atuação da Polícia. Daí que os métodos efetivos de apuração e investigação ainda são do passado arbitrário, com o qual não houve uma ruptura real”.¹⁹³

Uma investigação policial de base acusatória e democrática não é aquela que serve principalmente a “segurança”, pautada pela “defesa social”, e sim, aquela que é conduzida de forma técnica em que o Delegado de Polícia deve sempre optar pelos meios menos gravosos, no que tange aos direitos fundamentais, para consecução do objetivo que é a busca do esclarecimento dos fatos, em auxílio à Justiça Criminal. Nesse sentido, assevera

¹⁹¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 115.

¹⁹² SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144-145.

¹⁹³ SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p. 145.

Cordeiro que “o Delegado de Polícia, na sua missão investigativa, deve avaliar os fatos conhecidos como técnico-jurídicos, visando se valer de meios menos gravosos e que afetem com menos intensidade os direitos fundamentais do investigado”.¹⁹⁴ Para a busca e implementação de uma efetiva investigação policial de base acusatória e democrática, André Luiz Bermudez Pereira afirma que é preciso:

[...] romper os grilhões da repressão, segundo a qual a investigação serve principalmente à segurança pública – portanto uma atuação autoritária de defesa social – em detrimento da colheita de elementos probatórios técnicos e seguros, que, efetivamente, auxiliem o Estado-Juiz no seu mister constitucional.¹⁹⁵

Portanto, uma das características importantes da investigação de base acusatória e democrática, impostas pelo Estado Democrático de Direito, passa pela necessária releitura constitucional da função do Delegado de Polícia, tópico que será melhor explorado no decorrer do presente trabalho. Mas desde já, pode se afirmar que ao invés do mesmo ser visto como instrumento importante para o exercício do poder punitivo estatal, o mesmo atua em contenção ao poder punitivo, conforme indicado pelo Exmo. Ministro Celso de Mello em seu voto no HC n 94.016-SP no sentido de que “o Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”.¹⁹⁶

Outro fator relevante se dá no critério de busca da verdade. Uma investigação de base acusatória democrática não pode ter como referência a busca de uma verdade real, tida como absoluta, típica de Estados autoritários e que, em regra leva, a excessos em busca de tal “verdade”. Tal verdade que serviria para “legitimar o poder punitivo”, não conhece freios e descamba para o autoritarismo.¹⁹⁷ Conforme abordado anteriormente, à verdade real, tida como absoluta eis que uma reconstrução perfeita de um fato passado beira a algo transcendental. Como bem afirma David Queiroz: “imaginar a investigação concretizada no inquérito policial como apta a revelar a ilusória verdade seria o mesmo que transformar esse instrumento em uma panaceia, e o policial num messias, capaz de indicar as causas e soluções de todos os males”.¹⁹⁸

¹⁹⁴ CORDEIRO, Isaías. O Direito Penal e a Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. *In: GUSSO, Rodrigo Bueno; QUEIROZ, David. (Orgs). Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito.* Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.155.

¹⁹⁵ PEREIRA, André Luiz Bermudez. *A investigação Criminal Orientada pela Teoria dos Jogos.* Florianópolis: EMais, 2018, p. 28.

¹⁹⁶ SÃO PAULO. Ministro Celso de Melo, STF, **HC 84548/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/6/2012.

¹⁹⁷ JÚNIOR, Salah H. Khaled. *A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial.* São Paulo: Atlas 2013, p. 172.

¹⁹⁸ QUEIROZ, David. *A impermeabilidade do processo penal.* Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 97.

Com a nova Ordem Jurídico-Política Constitucional imposta pelo Estado democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, é preciso romper com o paradigma inquisitivo investigatório e com o sistema de busca da verdade calcada na verdade real, para a direção de uma verdade possível de ser reconstruída, sempre com respeito às balizas constitucionais e processuais penais. Que por sua vista devem ser vistas como elementos de contenção do poder persecutório punitivo Estatal. David Queiroz bem salienta que:

Com assunção do sistema acusatório, cuja busca é, precipuamente, pela eficácia do sistema de garantias constitucionais, e diante da consciência de que a verdade certa, objetiva ou absoluta representa a expressão de um ideal inalcançável, a ideia de que a investigação preliminar (inquérito policial) tem como fim a descoberta da verdade, deve ser enterrada.¹⁹⁹

Ferrajoli²⁰⁰ também leciona no sentido de que a verdade objetiva é *ideal inalcançável*, sendo certo, também, quando Lopes Júnior fala em “verdade contingencial e não fundante”.²⁰¹ Logo, a investigação de base acusatória e democrática, rompe com o paradigma inquisitivo, voltado a vontade e interesse do Soberano, devendo adotar um paradigma garantista que proteja os direitos fundamentais e ao mesmo tempo zele por eficiência investigatória construindo um procedimento mais democrático. Deve elucidar os fatos, sem jamais utilizar meios investigatórios ilegítimos e haver uma abertura democrática para a participação possível da defesa.

Interligamos a participação possível da defesa com a ideia de um contraditório possível ou mitigado e não um contraditório pleno como o judicial, em que o investigado, por exemplo, tivesse que ter ciência de todos os passos da investigação desde o seu início. Nesse sentido, Pedro Ivo de Sousa²⁰² menciona a necessidade de uma “abertura democrática adequada”, elucidando que a investigação não pode ser inviabilizada no que tange ao seu objetivo de elucidação, devendo a amplitude democrática ser construída com adequação para que se preservem, ao mesmo tempo, as finalidades investigativas e os direitos fundamentais e dá um exemplo no sentido de que o contraditório pleno, equiparado ao judicial seria indevido, quando praticamente impedisse a possibilidade de elucidação,

[...] como na hipótese defendida por alguns de que a instauração de qualquer procedimento investigatório a desfavor do investigado definido deveria sempre gerar sua notificação inicial. Esse exemplo demonstra, no nosso singelo entendimento, um caso de investigação praticamente impossível, na qual, hipoteticamente, se

¹⁹⁹ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 98.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

²⁰¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.120.

²⁰² SOUSA, Pedro Ivo de. **Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório**. In: **ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleópas Isaías. Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador- Bahia: Ed. Juspodivm, 2015, p. 65.

visualizaria aquela clássica situação em que uma pessoa interessada em descobrir a traição de outra com quem mantém relacionamento, contrata um ‘detetive particular’ e informa a outra pessoa que, a partir daquele momento, ela estará sendo vigiada ou investigada. Ora, neste caso, a não ser que a pessoa quisesse deliberadamente romper com este relacionamento, a investigação estaria fadada ao total insucesso, pois teria sido publicizada à pessoa investigada, que poderia, a partir deste momento, não mais praticar atos de traição, bem como providenciar a destruição ou sumiço de qualquer pista ou prova.²⁰³

Desde já, manifestamos que um dos elementos importantes desta pesquisa se dá no sentido de que ficou evidenciado ao longo dos estudos que o Estado Democrático de Direito rompe com a investigação autoritária de matriz inquisitiva anterior a Constituição de 1988, pautada na busca da verdade real absoluta. Logo, é preciso pesquisar novos parâmetros, dentre eles a mencionada abertura democrática possível, já no inquérito policial, no sentido de se estudar a participação da defesa na investigação, uma vez que a investigação por si só já traz máculas, além de ser filtro garantista de um possível futuro temerário processo penal.

Faz-se necessária, assim, a existência de elementos constitucionais e normativos que possibilitem novas práticas, harmonizadas com o ideal democrático, isto é, com o Estado de Direito, que, como tal, deve perseguir a tutela de direitos fundamentais. Importante, também, verificar se a Constituição, seus valores e princípios já possibilitam novas práticas através de uma hermenêutica constitucional adequada ou se tais práticas somente serão possíveis após a edição de um novo Código de Processo Penal.

Caio Sérgio Paz de Barros, afirma que “o inquérito policial é procedimento, com contraditório, art.14 do CPP, e não é processo”.²⁰⁴ Vale dizer, o referido autor faz uma releitura constitucional do inquérito policial e do artigo 14 do CPP²⁰⁵ que dispõe que o indiciado também poderá requerer qualquer diligência, que será realizada ou não a juízo da autoridade. Tal releitura constitucional é importante, pois menciona a palavra “indiciado”, o que pesquisamos no sentido de verificar se há base constitucional para realização de um contraditório mitigado, já com o presente Código de Processo Penal e se há como delimitar o ato de indiciamento como seu marco inicial. O referido autor faz críticas aos processualistas que veem o contraditório como empecilho ao afirmar:

Muitos excogitam que o imputado da prática delitiva irá manipular o material ensejador da reconstrução dos fatos, dificultando ou maculando a obtenção da prova.

²⁰³ SOUSA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleópas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador- Bahia: Ed. Juspodivm, 2015, p. 65.

²⁰⁴ BARROS, Caio Sérgio Paz de. **A incidência do contraditório no inquérito policial: a natureza jurídica- do processo penal, processo e procedimento, as investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público**. São Paulo: Ed. Edimor, 2005, p.23.

²⁰⁵ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Esta torpe argumentação, não guarda força para excluir a sua participação na colheita desta. Aliás sempre foi conferida, é o que concluímos mediante simples análise do art. 14 do CPP”. (c4.p.50) e prossegue no sentido de que “excogitamos a persecução penal mediante a participação efetiva do imputado que poderá apresentar o verdadeiro autor do fato. Esse é o dia-a-dia das investigações policiais. Nem sempre o indiciado é o verdadeiro autor dos fatos. Em idêntico sendo, é a orientação moderna do Direito continental, pois a tendência atual do direito italiano é a de restringir os notáveis poderes concedidos aos magistrados, em especial ao Ministério Público, com vistas a uma participação ativa do acusado, desde a fase de investigações preliminares.”²⁰⁶

Embora a maioria da doutrina e jurisprudência afirmem que os requerimentos formulados com base no artigo 14 do CPP sejam de realização completamente discricionária, a juízo da autoridade policial, Badaró²⁰⁷ posiciona-se de forma contrária no sentido de um direito à instrução do caso penal pela defesa no inquérito policial, visando maior equilíbrio entre os envolvidos na investigação preliminar. Indo mais longe, pensamos que, por eventual indeferimento da autoridade policial poder ensejar dificuldades para o exercício da defesa. O mesmo deve fazê-lo de forma motivada a fim de que a defesa possa ser exógena contra tal indeferimento, através, por exemplo, de ações constitucionais. O Art. 14 do CPP ao mencionar que qualquer diligência requerida pelo indiciado “será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, com a nova ordem constitucional, impõe um juízo motivado pelo Delegado de Polícia.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida sustenta que “a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial”.²⁰⁸ Vale dizer, o que grande parte da doutrina processual afirma que o inquérito é inquisitivo e nele não há contraditório, parece não resistir a uma análise constitucional adequada que impôs um novo paradigma investigatório democrático. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa no art. 5, LV, não é nada restritiva ao usar a expressão “acusados em geral” e não somente “acusado”, o que poderia levar a uma interpretação restritiva de ser somente aquele que responde a uma ação penal em juízo ou a ideia de processo. David Queiroz bem observa que: “O adjetivo em geral empregado no texto amplia a abrangência da palavra ‘acusado’, extirpando qualquer dúvida sobre sua não aplicação fora do processo”.²⁰⁹

²⁰⁶ BARROS, Caio Sérgio Paz de. **A incidência do contraditório no inquérito policial**: a natureza jurídica- do processo penal, processo e procedimento, as investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público. São Paulo: Ed. Edimor, 2005, p.50-51.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 72.

²⁰⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 214.

²⁰⁹ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017. p. 84.

Para José Afonso da Silva²¹⁰ o direito de defesa deriva do contraditório, trazendo a ideia de “informação e reação”, no sentido de que seria por meio dele que o acusado teria a necessária ciência da acusação, podendo assim preparar a sua defesa. Aury Lopes Júnior²¹¹ complementa afirmando que o direito ao contraditório pode ser dividido nas dimensões de reação e informação. A reação consistindo no direito de participar da produção probatória resistindo à pretensão da acusação e tendo todas as suas alegações avaliadas pelo julgador, o que exige um diálogo e paridade de armas. O direito à informação é a garantia de que o réu não será surpreendido, como regra, pela produção surpresa de provas. Para sua efetiva participação processual é necessário que tome conhecimento, em regra prévio, do ato da parte contrária a fim de oferecer sua reação em contraposição.

Definidos, ainda que de forma superficial, os contornos do contraditório, adotamos como ponto de vista a impossibilidade de se afirmar a observância de um contraditório pleno, equiparado ao da fase judicial, que exige autodefesa, defesa técnica e, em regra, ciência prévia de todos os atos processuais, uma vez que, conforme já fora abordado acima, atingiria a própria eficiência das investigações. Todavia, tendo em vista o imperativo constitucional, seria por demais exagerado dizer que é impossível conceber no inquérito policial um contraditório mitigado ou possível, com algum direito de reação e direito a informação dos atos investigativos. David Queiroz menciona que no inquérito policial há um contraditório imperfeito:

A impossibilidade de conceber um inquérito policial contraditório pleno, isto é, com direito de reação a informação, não elide a participação do suspeito em certos atos de investigação, seja em face do exercício da ampla defesa, como já exposto, seja por uma espécie distinta de contraditório chamado “imperfeito”. Essa espécie de contraditório é amplamente adotada na fase investigativa na Espanha e consiste na garantia de que certos atos de investigação sejam realizados com a presença do defensor do investigado. Trata-se de contraditório imperfeito porque *las personas san dos*, ou seja, não existe a figura do juiz imparcial presidindo o ato de formação da prova apresentado por uma das partes, mas sim o investigador e a defesa.²¹²

Uma das questões a serem analisadas se dá no sentido de fazermos uma reflexão no que tange ao conteúdo do artigo 155 do CPP, especificamente na parte em que menciona “não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. O referido dispositivo sofre forte crítica, uma vez que permitiria ao juiz utilizar, desde que não exclusivamente, como elemento de convicção para sua decisão elementos de informação da investigação preliminar que, conforme grande parte da doutrina

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.372.

²¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

²¹² QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017. p. 90.

brasileira, não exige a observância do contraditório. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima menciona que tem prevalecido nos Tribunais à interpretação no sentido de que “tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em contraditório”.

Ao inserir o advérbio “exclusivamente” no corpo do caput do art. 155 do CPP, a lei 11.690/08 acaba por confirmar posição jurisprudencial dominante”.²¹³ Corroborando essa posição temos, por exemplo, a decisão do STF no RE-AgR 425.734/MG, cujo trecho trazemos à colação: “[...] Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestada em sede policial, tendo suporte também em outras provas colhidas na fase judicial [...]”.²¹⁴

Conforme fora mencionado anteriormente, apesar do dispositivo sofrer fortes críticas, sendo apontado inclusive como de viés autoritário, fato é que pragmaticamente, ao se enxergar a prática de um contraditório possível, ainda que mitigado na investigação policial, tal circunstância, se não resolve, ao menos ameniza a situação. Uma vez que poderiam os tais “elementos de informação” terem sido colhidos em uma investigação em que a parte teve ciência e alguma oportunidade de se manifestar. Repita-se que não estamos aqui discutindo se as decisões dos Tribunais superiores estão corretas ou não, e sim apresentando um cenário fático-jurídico de que elas estão consolidadas neste sentido e a observância do contraditório no inquérito, ainda que não na mesma extensão do contraditório judicial, promoveria melhorias também neste sentido.

David Queiroz opina no sentido de que “o contraditório imperfeito apresenta-se adequado para o atual sistema de persecução penal brasileiro, já que o Código de Processo Penal admite que o Juiz forme seu convencimento com base, também, nos elementos colhidos na investigação”.²¹⁵ Emerson Ghirardelli Coelho menciona a expressão “contraditório mitigado” que no inquérito policial:

[...] consiste, portanto, no tratamento paritário dos sujeitos parciais durante todo o trâmite do procedimento investigatório, garantindo o acesso dos autos ao órgão do Ministério Público e à defesa técnica, a possibilidade de requisitar e requerer diligências e ‘o direito à prova legitimamente obtida ou produzida’, ou seja, de acompanhar efetivamente a instrução probatória preliminar, atendendo ao binômio

²¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 521.

²¹⁴ ARE 999036, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 19/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21/10/2016 PUBLIC 24/10/2016, p. 57.

²¹⁵ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017. p. 90.

ciência/participação de forma adequada as peculiaridades da investigação criminal [...].²¹⁶

O autor ainda menciona que o contraditório pleno fica diferido à fase judicial, momento em que “acusação e defesa, nos autos da infração penal poderão estabelecer amplo debate dialético”.²¹⁷ No mesmo sentido, Leonardo Marcondes Machado defende que, por imposição constitucional o inquérito policial possui “contraditório mitigado” e “defesa limitada”. Afirma que não há contraditório pleno e que:

Isso não significa, contudo, que não haja qualquer dimensão de contraditório ou de defesa na investigação. A questão, por aqui, é de grau ou de nível quanto a esses direitos fundamentais (e inerentes) à garantia (maior) do devido procedimento legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), que também vincula o inquérito policial num Estado de Direito.²¹⁸

O autor menciona que a autodefesa tem no interrogatório policial seu ponto mais propício e que a mesma pode influir no convencimento do Delegado de Polícia e quanto à defesa técnica:

Os requerimentos, com ou sem advogado, são sempre possíveis, contudo submetidos à discricionariedade da autoridade investigadora segundo posicionamento majoritário (artigo 14 do CPP). Por fim, eventual abuso de poder ou ilegalidade pode ser objeto de reação nos próprios autos do inquérito policial (ex.: pedido de reconsideração ao delegado de polícia) ou impugnada junto aos órgãos de controle interno (ex.: recurso administrativo ao delegado geral ou pedidos de correção à corregedoria policial) e externo (ex.: Habeas Corpus em face de uma prisão temporária ou mandado de segurança para acesso aos autos do inquérito). [...] Quanto ao inquérito, em especial depois da Súmula Vinculante 14 e a promulgação da Lei 13.245/2016, o direito à informação e à participação do investigado, assistido por defensor técnico, foi significativamente ampliado [...] parece não haver dúvidas sobre a existência de certo nível contraditório e defensivo no inquérito policial, muito embora não seja (nem deva ser) a mesma dimensão plena ou ampla da esfera judicial.²¹⁹

Pimentel Júnior e Moraes mencionam o contraditório no inquérito policial e afirmam que houve mitigação sobre o caráter inquisitivo do inquérito após a Constituição de 1988:

[...] A característica inquisitiva do inquérito policial deve ser entendida como imprescindível para uma eficiente investigação, amparada na independência funcional da autoridade presidente da apuração preliminar, que referendará a atuação endógena da defesa na investigação por meio da aplicação de um contraditório possível. Ou seja, a inquisitividade do inquérito policial revela sua em sua substância a efetivação garantista e democrática da investigação criminal. [...] Portanto, a inquisitividade reconhecida ao inquérito policial não pode ser retratada

²¹⁶ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. Del Rey, 2017, p.107.

²¹⁷ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. Del Rey, 2017, p. 108.

²¹⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada). **In: Revista Consultor Jurídico**, 4 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada> Acesso em: jan./2019.

²¹⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada). **In: Revista Consultor Jurídico**, 4 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada> Acesso em: jan./2019.

numa visão estática da classificação tradicional dos sistemas processuais que os cataloga como sendo inquisitórios, acusatórios ou mistos, equívoco que ainda hoje leva parte da doutrina processualista penal a entender de maneira irrefletida e incorreta que o investigado não pode ter nenhuma participação na persecução penal brasileira [...] o caráter inquisitivo do inquérito policial, até então sustentado doutrinariamente pela suposta ausência de ampla defesa e contraditório, sofreu intensa mitigação, precisamente para se integrar aos princípios da Constituição Federal de 1988, convertendo o procedimento em um filtro garantista apuratório da verdade legalmente atingível dos fatos.²²⁰

Assim, uma vez trabalhada a ideia da incidência de um contraditório possível ou mitigado no inquérito policial, questão que merece atenção é no sentido como conciliar o direito a reação e a informação com a eficiência das investigações. Promovendo a mencionada abertura democrática adequada já na investigação policial, conciliando a observância do direito fundamental com a necessária eficiência das investigações.

Tal questão merece aprofundamento na pesquisa, todavia aqui neste ponto, salientamos que, mais à frente no presente trabalho, iremos propor uma leitura constitucional do indiciamento que recebeu conceito e previsão legal no artigo 2º, §6, da Lei 12.830/13. Podendo o mesmo ser um instrumento ou marco no sentido de que a partir dele a observância do contraditório e da defesa passam a ter mais densidade, ainda que por óbvio não a mesma do contraditório pleno previsto para a fase judicial.

2.4 O PROTAGONISMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DETRIMENTO DAS RAZÕES DE ESTADO

A Constituição Federal do Brasil no título dos princípios fundamentais, logo no seu artigo 1, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana, tratada pelos constitucionalistas como valor axiológico central do Estado Democrático de Direito, insculpido no artigo 1, *caput*.²²¹ Dessa forma, Paulo Bonavides afirma que:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, hora na razão humana, conforme professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremediavelmente presa à concretização dos direitos fundamentais.²²²

²²⁰ PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017, p. 105, 106 e 108.

²²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana; [...]. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jan/2019.

²²² BONAVIDES, Paulo. Prefácio. *In*: SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 16.

Em um Estado que se pretenda “democrático de direito”, é conceitual de que o mesmo para sê-lo, deve buscar a proteção dos direitos fundamentais bem como dos direitos humanos, sendo evidente, que todo o sistema normativo deve ser relido de acordo com a nova ordem constitucional. Nesse modelo de Estado é uma marca que deve haver o protagonismo dos direitos fundamentais sobre as razões de Estado, pois é justamente nos direitos fundamentais que as razões de Estado encontram seus mais rígidos limites. Sarlet aponta a dignidade da pessoa humana como intimamente vinculada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, afirmando que se trata de:

Um dos postulados sobre o qual se assenta o direito constitucional contemporâneo [...] mesmo que tal reconhecimento virtualmente se encontra vinculado limitado à previsão do texto constitucional, já que, forçoso admiti-lo, que o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na práxis, ou quando assim ocorre, nem sempre igual para todos.²²³

Vale dizer, em que pese à dignidade da pessoa humana ser valor axiológico central da nova ordem constitucional, e a mesma estar ligada a primazia dos direitos fundamentais e humanos, na *praxis*, nem sempre é o que acontece e o que é pior, muitas vezes ocorre de forma desigual. Ou seja, dignidade da pessoa humana apenas de alguns humanos, o que é criticado por Sarlet no sentido de que:

Não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parecer ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo.²²⁴

Sarlet lembra que o conceito do que seja dignidade da pessoa humana é um conceito em constante processo de construção, mas que deve haver a busca de um conceito minimamente objetivo em face da exigência de certo grau de segurança e estabilidade jurídica. E propõe a dignidade da pessoa humana como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável 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.²²⁵

²²³ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. livraria do advogado. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 28.

²²⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 53.

²²⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 70.

Após trazer tal significado, o referido autor menciona que “tal proposta conceitual, de outra parte, há de ser sempre testada à luz da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”²²⁶, visto ser no âmbito dessa relação (dinâmica e recíproca) que o conteúdo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais há de ser concretizado “de modo a produzir as consequências necessárias na esfera jurídica”.²²⁷

José Afonso da Silva dispõe que o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.²²⁸ Os direitos fundamentais são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica, a fim de que tenham uma vida justa e digna, além de ser um poderoso escudo de proteção contra o poder estatal, impedindo sua aplicação de forma desarrazoada ou desproporcional.

Uma vez exposto que a nova ordem Constitucional de 1988, ao menos no plano normativo, estabeleceu o Estado Democrático de Direito, com a dignidade da pessoa humana, como princípio e valor a ser observado com primazia, bem como os direitos fundamentais elevados à condição de cláusulas pétreas. Com isso, é de fácil constatação que no Estado democrático-constitucional a democracia se funde com a tutela dos direitos fundamentais, podendo ser o Estado controlado em sua atividade administrativa e legislativa pelo órgão do Judiciário.²²⁹

A própria disposição topográfica dos artigos e títulos da Constituição deixa de forma clara a primazia dos direitos fundamentais em detrimento das razões de Estado. De forma inédita na história das constituições brasileiras, os direitos de garantias fundamentais vêm dispostos no Título II “dos direitos e garantias fundamentais” que se inicia no artigo 5º da CRFB/88, e somente no Título III da Constituição vem “Da organização do Estado”.²³⁰

É óbvio que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser limitados e flexibilizados. Todavia, restringir os direitos fundamentais só é permitido, quando compatível

²²⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 71.

²²⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 71.

²²⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

²²⁹ COSTA, Pietro. **Democracia Política e Estado Constitucional**: Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Napoli: Scientifica, 2006.

²³⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jan/2019.

com os ditames constitucionais e desde que sejam respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Para a jurisprudência alemã que foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e é parâmetro de controle das restrições que são levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido com Konrad Hesse:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.²³¹

A afirmação de Hesse de que havendo um meio mais ameno e sendo aplicado, portando, meio mais gravoso feriria a exigida proporcionalidade, nos leva a refletir sobre a utilização banal da prisão no que tange ao sistema de justiça criminal. Ficando evidente que inclusive em aspectos constitucionais, tal banalização, bem como interpretações extremamente restritivas que retiram e muitas vezes anulam a densidade constitucional dos direitos fundamentais afetam diretamente ao Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa, dentre outros fatores, apresenta que há razões históricas, razões econômicas e práticas que hipertrofiaram o poder punitivo estatal em detrimento dos direitos fundamentais, o que gera a não concretização da própria Constituição. Bello²³² bem diagnóstica, no sentido de que essa ideia de que a norma transformaria a realidade, em verdade, se constitui em um fetiche jurídico constitucional. Aqui mencionamos que compreendemos a relevância de não só apresentar possíveis causas que impedem eventual concretização, mas, sobretudo verificar se há elementos teóricos que permitam ao operador do Direito – mais especificamente o Delegado de Polícia no âmbito da investigação preliminar, através de uma hermenêutica jurídica constitucional adequada – que se comporte de outra forma, muitas vezes contramajoritária ao pensamento punitivista dominante, todavia mais harmonizada com o Estado Democrático do Direito.

Quando nos referimos em pesquisar se há elementos teóricos que permitam outra prática estatal, notadamente na investigação policial, temos no já mencionado garantismo jurídico de Ferrajoli²³³ uma importante ferramenta, no sentido de possibilitar a efetiva

²³¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

²³² BELLO, Enzo. *Cidadania, alienação e fetichismo constitucional*. In: M.M. A.B. LIMA; E. BELLO (coords.), **Direito e marxismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 15.

²³³ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

concretização de um protagonismo dos direitos fundamentais, visto como efetiva limitação do poder punitivo estatal.

Conforme já visto, por diversos fatores, o Estado tende a se hipertrofiar para realizar suas razões, com ainda mais força na fase de investigação, até hoje apontada como inquisitiva. O que faz pulsar o Estado de Polícia fazendo com que o Estado lance mão de regimes de exceção permanentes como um paradigma de governo e controle social, conforme bem diagnosticado por Agamben.

Temos que diante desse cenário complexo e difícil, Ferrajoli²³⁴ apresenta o garantismo jurídico penal, que, em que pese suas limitações, é uma proposta teórica robusta a ser adotada no sistema jurídico penal, para que busque a concretização do Estado de Direito que em seu próprio conceito traz a ideia de proteção e tutela dos direitos fundamentais, limitando o poder punitivo estatal.

Machado bem define que “o garantismo apresenta-se como importante base teórica para uma nova sistemática penal e, por consequência, à fundação de outro modelo jurídico de investigação preliminar, mais alinhado a um viés de redução de danos/das dores”.²³⁵ A palavra “garantismo” aparece na Itália nos anos 1970, no âmbito do direito penal, embora a proposta de Ferrajoli²³⁶ seja a de um sistema de garantia dos direitos fundamentais que imponham limites ao poder estatal. Desta forma, o garantismo assume a feição de Estado Constitucional de Direito.

A “teoria geral do garantismo” exige do magistrado e dos operadores do direito, não uma sujeição irrefletida à lei, mas sim uma interpretação e aplicação das normas conforme a constituição, sendo esse tipo de postura totalmente necessária à contenção nas normativas de emergência e regimes de exceção, que muitas vezes são construídos midiaticamente e fazem com que o Estado se hipertrofiar enfraquecendo o Estado de Direito. Nesse sentido, o garantismo de Ferrajoli é um sistema de proteção dos direitos fundamentais, uma proposta sólida do ponto de vista teórico e uma ferramenta importante de contenção do poder punitivo, do Estado de Polícia e das posturas de exceção.

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

²³⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 91.

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

Cadernatori bem define como “uma teoria embasada na centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem o mesmo deve servir”.²³⁷ De forma que, de fato a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são a base do ideal garantista, apresentado como ferramenta de proteção e ao mesmo tempo de legitimação do Estado de Direito. Norberto Bobbio faz o prefácio da primeira edição do livro “Direito e Razão” de Ferrajoli e afirma que o:

[...] ‘sistema geral do garantismo jurídico’ acaba por se confundir com a construção das colunas mestras do Estado de Direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal.²³⁸

Salo de Carvalho²³⁹ aponta o garantismo como “parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva”, e menciona que no que tange ao plano da teoria do direito, subordina a prática penal à “revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico”.²⁴⁰ O garantismo penal trabalha com o minimalismo penal, o próprio Zaffaroni²⁴¹ cita a afirmação de Ferrajoli que “em uma sociedade bem mais democrática e igualitária seria necessário um direito penal mínimo, como único meio de evitar males maiores (a vingança, pública ou privada, ilimitada)”, e que nesse viés o poder punitivo teria uma dupla função: a de prevenção do delito e a prevenção das reações desproporcionais. O sistema garantista de Ferrajoli apresenta uma série de limites constitucionais ao poder punitivo, relativos ao processo penal, à pena e ao delito. Essa teoria apresenta o decálogo axiomático garantista penal, chamado de os dez axiomas básicos de Ferrajoli, “técnicas de minimização do poder punitivo”,²⁴² apresentados de forma bem sintética da seguinte forma:

Garantias relativas à pena. Princípios do Direito Penal: 1 – “*nulla poena sine crimine*” (Retributividade); – “*nullum crimen sine lege*” (Legalidade); 3- “*nulla lex (poenalis) sine necessitate*” (Necessidade); 4- “*nulla necessitates sine injuria*” (Lesividade); 5- “*nula injuria sine actione*” (materialidade ou da conduta); 6 – “*nulla actio sine culpa*” (Culpabilidade); 7- “*nulla culpa sine iudicio*” (jurisdicionaridade); 8- “*nullum iudicium sine accusatione*” (princípio acusatório); 9- “*nulla accusatio sine probatione*” (ônus da prova); 10 – “*nulla probatio sine defensione*” (Contraditório).²⁴³

²³⁷ CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas, 2007. p. 92.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 7.

²³⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

²⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

²⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 645.

²⁴² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 96.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

Nesse ponto, vale refletir que, constantemente, se aponta o inquérito policial como arcaico e retrógrado,²⁴⁴ todavia paira a dúvida: o inquérito policial é arcaico em si, ou arcaica é a interpretação autorreferente dissociada da Constituição de 1988? Constata-se a necessidade de se colocar em prática uma possível hermenêutica processual constitucional adequada, contemporânea, que ultrapasse paradigmas retrógrados e autoritários, incompatíveis e portando desde já inaplicáveis diante da nova ordem constitucional que exige uma nova prática investigativa. João Canuto Mendes de Almeida menciona como sendo de fundamental importância a fase preliminar, na qual se insere o inquérito policial, com o fim de “proteger inculpadados”, o referido autor fala em dar à defesa “a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”.²⁴⁵

A pergunta que se impõe nesse momento é: Há base constitucional em uma ordem democrática, que prevê o direito ao contraditório “aos acusados em geral” (art.5, LV da CRFB/1988) em processos administrativos e criminais, para a afirmação de que a natureza do inquérito como “procedimento inquisitivo” veda qualquer tipo de contraditório no inquérito policial? Ou há base legal e constitucional que permita outra prática que insira o contraditório no inquérito policial? Caso a resposta seja negativa, como a grande maioria dos processualistas penais ainda sustentam, como que vai se vai, nas palavras de João Canuto Mendes de Almeida, dar à defesa a possibilidade de se dissipar suspeitas, explicar os fatos e combater os indícios?

É evidente que a questão não é simples, justamente por isso, é também um dos elementos da presente pesquisa. Autores de renome na Doutrina Processual Penal continuam afirmando que não há contraditório na fase preliminar. Todavia, como bem afirma Nicolitt²⁴⁶, devem ser garantidos os direitos do acusado em manter-se em silêncio e não gerar provas contra si mesmo, tendo em vista uma dupla função, as quais: garantista, com fins de preservar o indiciado; e utilitarista, por ser capaz de assegurar a eficácia da investigação.

Um das bases argumentativas fortes se dá no sentido de que, para se afirmar que realmente há contraditório no inquérito policial, teria que se viabilizar a participação da defesa técnica em todos os atos da investigação, realização de perícias, oitivas de

²⁴⁴ TOVO, Paulo Cláudio. O Inquérito Policial em sua verdadeira dimensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 147.

²⁴⁵ MENDES DE ALMEIDA, João Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11.

²⁴⁶ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171.

testemunhas, assim, como a presença do investigado na realização desses atos caso o mesmo desejasse estar presente. Similar ao que acontece no contraditório judicial.²⁴⁷ O artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro²⁴⁸ fala em provas produzidas em “contraditório judicial” para convicção do Juiz. Uma questão a ser observada é que na Constituição Federal de 1988, o contraditório não é previsto apenas no processo judicial, impondo sua observância também nos processos administrativos nos termos do artigo 5º, inciso LV.²⁴⁹ Importante mencionar o que diz Hoffmann sobre o assunto:

[...] nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis*. Apesar da resistência em utilizar o termo *processo* na seara não judicial, a verdade é que, nada obstante não haver na fase policial um litígio com acusação formal, existe sim controvérsia a ser dirimida (materialidade delitiva e autoria). Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo; e os atos sucessivos, tanto os intermediários como o final, afetam o exercício de direitos fundamentais, existindo inegavelmente uma atuação de caráter coercitivo que representa certa agressão ao estado de inocência e de liberdade. Não há como negar que, com a decretação de prisão em flagrante, indiciamento, apreensão de bens e requisição de dados no bojo do inquérito policial, ocorre interferência na esfera de garantias do cidadão. Ainda que não se possam catalogar tais restrições de direitos como sanções, a realidade é que do inquérito policial podem advir severas consequências para o imputado, seja por decisão do delegado de polícia ou do juiz. Mesmo que se insista em rotular o inquérito policial como procedimento, o fato é que esse método de exercício de poder deve ser modulado para garantir o respeito a direitos, numa verdadeira processualização do procedimento.²⁵⁰

Uma hermenêutica processual penal constitucional que forneça um delineamento do que seja uma devida investigação criminal. Isto é, uma investigação criminal regrada e balizada: legal, convencional e constitucionalmente, sendo encarada como instrumento de proteção de direitos fundamentais como limitação ao poderoso poder investigativo como início da persecução punitiva e potencialmente promotora de intensas dores. Nessa esteira, exigir que se o contraditório não tiver a mesma intensidade no inquérito policial do que o contraditório judicial, é porque em verdade não tem, e não tem como ter contraditório, talvez seja uma interpretação que limite um direito fundamental do investigado e não seja a mais adequada em um Estado Democrático de Direito, em que pese os renomados autores que sustentam essa posição.

²⁴⁷ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171.

²⁴⁸ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²⁴⁹ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

²⁵⁰ HOFFMANN, Henrique. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Revista Consultor Jurídico**, 1 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial> Acesso em: 20 jan. 2019.

O próprio Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da Constituição, já decidiu, em entendimento expressado e consolidado no verbete da Súmula Vinculante n. 5 no sentido de que “a falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, portando já relativizou essa intensidade do contraditório em relação ao contraditório judicial. Outra argumentação no sentido de que o contraditório pode ser observado e se afirmar que há contraditório ainda que não na mesma plenitude do judicial, diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Que em síntese, define que os direitos fundamentais além de terem que ser observados e respeitados pelo Estado, devem ser também pelos particulares em suas relações. É o caso, por exemplo, de um condomínio que multa um condômino por infração as regras condominiais e antes de lançar a multa deve notificar o condômino para que apresente defesa.

Reparemos que nem de longe se pode afirmar que a observância do contraditório nesse âmbito deva ser igual a judicial no sentido de obrigatoriedade de defesa técnica em todas as etapas e atos. Nesse sentido Didier Júnior²⁵¹ menciona que em verdade o contraditório tem duas dimensões: a formal e a substancial. A acepção formal é o direito a ciência e participação e a acepção substancial é o direito de influir no conteúdo da decisão pleiteando provas, produzindo-as e argumentando. Dessa maneira, é uníssona a Jurisprudência dos Tribunais e trazemos a colação entendimento consolidado também no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA. 1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: ‘O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia’. 2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF. 3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJP: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do

²⁵¹ DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm. 2012, p. 57.

novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.²⁵²

O princípio e a observância do contraditório se perfazem de forma substancial e material com a necessidade de ciência e participação do investigado, de modo que em tópico próprio, mais à frente no presente trabalho iremos pesquisar se há viabilidade ou não da realização prática de um “contraditório mitigado” no inquérito policial. Assim, notadamente diante de uma interpretação à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 12.830/13, que definiu regras importantes para a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, bem como estabeleceu a previsão legal e o conceito de indiciamento no artigo 2º, §6.

Salienta-se que a imposição de um novo paradigma de investigação policial no Estado Democrático de Direito não se resume a possibilidade ou não do contraditório, impondo vários outros aspectos, como a superação do entendimento de um suposto princípio do *in dubio pro societate* na fase preliminar que relativizaria a presunção de inocência, para a imposição de observância absoluta dessa garantia fundamental. Especialmente no que tange aos seus aspectos no sentido de que ao Delegado de Polícia, só cabe representar por uma prisão provisória em casos extremamente necessários, tendo como fundamento a cautelaridade e não o *in dubio pro societate*, o mesmo princípio deve permear a mente e a prática jurídica do Delegado de Polícia quando da apreciação de uma duvidosa situação flagrancial de uma prisão que lhe é apresentada. Nas palavras de Machado:

Aqui reside o potencial contramajoritário da investigação preliminar. A sua função evitadora de sofrimento desnecessário em relação a um processo penal carregado de signos sociais negativos [...] nesse viés a instrução preliminar deve ser tida como “indispensável a justiça penal”, forte na garantia da inocência contra acusações infundadas, verdadeiro mecanismo de contenção processual penal.²⁵³

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.365.279 - SP (2011/0246264-8)**. Recorrente: Condomínio Edifício São Tomás Advogado: João Alves da Silva e outro(s). Recorrido: Jurandy Carador. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1434493&num_registro=201102462648&data=20150929&formato=PDF. Acesso em: jan./2019.

²⁵³ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 108.

Nesse ponto há de acontecer uma reflexão dos operadores do direito no sentido de que investigados e réus devem ser, dentre outras coisas poupados ao máximo do espetáculo público (processo penal do espetáculo), devendo agir na contenção do espetáculo e não na promoção do mesmo. Como é o que ocorre corriqueiramente nas grandes investigações policiais, em que a exposição de presos e detalhes da investigação por muitas vezes acarretam danos irreversíveis, mesmo em caso de absolvição posterior.

Frise aqui, que não é nada fácil ser contramajoritário, notadamente diante de uma possível sanha midiática em casos de repercussão, em que a sociedade e o clamor público passam a “impor” uma resposta, fazendo com que o profissional do direito, notadamente o Delegado de Polícia, que não goza das mesmas garantias da Magistratura e do Ministério Público, se veja em enorme e colossal pressão social para divulgação dos fatos. Há de se evoluir no que tange as garantias da carreira com o fim de que o mesmo tenha ainda mais garantias para zelar pela contenção do espetáculo, e pelo fim constitucional de uma investigação, que é o de contenção do poder estatal e preservação dos direitos fundamentais.

Chamamos atenção quanto à prática do Delegado de Polícia, que em um Estado Democrático de Direito, deve zelar pela observância da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em seu dia a dia. O qual, em caso de prática de crime aplica o poder punitivo no que tange as medidas impostas pela Lei e pela Constituição na fase policial (exemplo: Recolhimento à prisão), sem se abster de olhar os limites de atuação do Poder de Polícia. Limites esses, que Ferrajoli apresenta aos operadores do direito com o seu sistema do garantismo penal.

Reparemos, por exemplo, no terceiro axioma, no sentido de que não há lei penal sem necessidade, destaca-se aqui como informador da subsidiariedade minimalista, no sentido que o direito penal só se faz necessário se outro ramo do direito não for suficiente, o que somado ao quarto axioma, de que não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico, traz a questão da tipicidade material, vale dizer, casos em que a lesividade não se faz presente, na esteira da fragmentariedade do Direito Penal. Tais axiomas imporiam a total desnecessidade, ilegalidade e inconstitucionalidade, uma vez que violando o direito fundamental, de uma prisão em caso de notório crime de insignificância ou bagatela. Machado bem se refere ao sistema de garantias de Ferrajoli e aos dez axiomas no sentido de que:

Por óbvio, todas essas ideias servem também para uma nova estruturação do modelo de investigação preliminar. Afinal de contas, a investigação representa justamente a fase inicial de exercício do sistema de persecução criminal. Logo, o garantismo penal pode e deve servir, respeitados os seus limites teóricos e consciente do seu

âmbito libertário, a um movimento de maior tutela dos direitos fundamentais na investigação criminal.²⁵⁴

Como fora referido, em um Estado Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana em que o Estado foi feito para atuar em favor do homem e não o homem em favor do Estado deve haver o protagonismo dos direitos fundamentais desde a fase policial. Os axiomas de Ferrajoli se mostram como boa base e chave interpretativa na contenção do poder punitivo do Estado, que pode relativizar direitos, uma vez que não há direito fundamental absoluto, notadamente para os que praticam crimes, devendo-se buscar investigação acusatória e democrática.

²⁵⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 97.

CAPÍTULO III – A FUNÇÃO MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DO DELEGADO DE POLÍCIA E A LEI 12.830/13

3.1 A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: RELEITURA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E A LEI 12.830/13

Para pensarmos uma investigação acusatória e democrática, há que se pensar de forma crítica e buscar como ferramenta uma melhor hermenêutica constitucional, mecanismos que possibilitem delineá-la com as mudanças necessárias ao que tem sido escrito em grande parte dos manuais de processo penal, que atualmente teorizam a investigação preliminar e o inquérito policial. Conforme Gizlene Neder,

O campo do direito tem-se mostrado pouco criativo em termos de propostas alternativas ao dogmatismo tecnicista que se enrustou na formação jurídica realizada nas faculdades de direito no país. Evidentemente, pela posição estratégica importante que ocupa o direito no campo político, mormente no que diz respeito à construção de uma cidadania ativa, com garantia de direitos etc., pensar, historicamente os diferentes projetos é fundamental.²⁵⁵

Portanto, mesmo com os impactos de estarmos há três décadas sob a égide do Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem como traço fundamental o valor axiológico da dignidade da pessoa humana, parece que não foi promovido ainda os devidos ajustes e impactos na doutrina processual penal, notadamente no que tange à investigação policial, ao inquérito policial e à Polícia Judiciária.

Isso se dá em parte, porque, embora tenham sido feitas muitas reformas parciais do Código de Processo Penal - dentre elas, algumas na década de 1970, e mais recentemente, com as Leis 11.689/2008 (que modificou o rito procedimental do júri), 11.690/2008 (que alterou o tratamento dado às provas), 11.900/2009 (sobre interrogatório), 12.015/2009 (sobre crimes contra dignidade sexual e ação penal) e 12.403/11 (que modificou a fiança em sede policial e introduziu medidas cautelares alternativas à prisão) - não houve uma reforma específica dirigida ao inquérito policial. Todavia, há de ser pesquisado se o texto constitucional fornece base suficiente para que, mesmo sem ter sido feita uma reforma processual específica nesse sentido, alguns conceitos, finalidades e institutos devam ser relidos. A fim de que se ajuste a uma nova ordem jurídica, agora democrática, onde está em pleno vigor o Estado Democrático de Direito e seu valor axiológico principal: a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto falamos de uma necessária constitucionalização do inquérito

²⁵⁵ NEDER, Gizlene. **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.142.

policial, de sua finalidade e de algumas características, além da própria Polícia Judiciária investigativa, no sentido de que se ajustem à nova ordem democrática após a Constituição Federal de 1988. Interessante, nesta altura, trazermos a reflexão de Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto sobre a constitucionalização do Direito:

A constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de ‘constitucionalização inclusão’ e de ‘constitucionalização releitura’. [...] A constitucionalização releitura liga-se a impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais. Trata-se de uma consequência de propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma eficácia irradiante, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica. Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, submetem-se a uma filtragem constitucional: passam a ser lidos a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e aplicação concretas.²⁵⁶

O conceito de inquérito policial não é encontrado claramente em nenhum dos artigos da Constituição Federal e nem mesmo do Código de Processo Penal, embora este último apresente capítulo nominado de Inquérito Policial, não traz um conceito claro. Sendo que o mais próximo que se chega de uma conceituação do inquérito policial é na parte final do artigo 4º do referido Código, onde se afirma que ele terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria, definição essa muito superficial. Diante disso, a conceituação do inquérito policial é realizada pelos doutrinadores.

Conforme vimos, parte dos doutrinadores ainda conceitua inquérito policial da mesma forma, qual seja um procedimento administrativo, inquisitivo, destinado a fornecer provas para acusação. Sendo certo que, conforme ressalta Castro²⁵⁷, “o inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada” além de ser lido de forma unidirecional, voltado para a busca de um culpado, para a acusação, quando seu objetivo principal em um Estado Democrático é o de garantir direitos individuais e a dignidade da pessoa humana, durante a busca da verdade relativa (verdade possível de ser reconstruída), a ser estabelecida, de forma imparcial.

Pacelli²⁵⁸ chega a mencionar que a Polícia Judiciária deveria chamar-se Polícia Ministerial, em evidente adoção de um paradigma clássico no sentido de que a função investigativa da Polícia é unilateral, vinculada ao Ministério Público, que é parte acusatória, como se nenhum vínculo existisse entre a investigação e a defesa do indiciado. Esse equívoco

²⁵⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 44.

²⁵⁷ CASTRO, Henrique. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada> Acesso em: 20 jan. 2019.

²⁵⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 43.

de conceituação desvaloriza o inquérito policial, e o que é pior, faz com que processualistas afirmem que nele sequer existam “nulidades” - o que reforça a lógica de um Estado autoritário que trata uma pessoa humana, quando investigada, como mero objeto. Repetindo de forma automática o mesmo pensamento da doutrina, formulado nas décadas de 1950 e 1960, ficando dessa forma evidente a necessária “constitucionalização releitura” nos conceitos do inquérito policial, sua concepção, bem como em algumas de suas características e finalidade. Carnelutti, sobre o inquérito policial e sua finalidade, faz a seguinte afirmação:

[...] Por se tratar de procedimento dirigido pela autoridade policial, imparcial e desvinculada das pretensões de ambas as partes na persecução criminal, somos inclinados a concluir que, em verdade, dentre todos os modelos apresentados, o inquérito policial se afigura naquele que, dentre todos os demais, mais se aproxima de uma isenta apuração dos fatos relacionados à notícia crime. Isto é de suma importância, pois, ao contrário do que prega parte da doutrina, a investigação criminal não busca comprovar a infração penal. Seu objetivo não é confirmar a tese acusatória, mas verificar a plausibilidade da imputação evitando processos desnecessários.²⁵⁹

O tema “Constitucionalismo” pode ser referido de diversas formas; não possui um conceito unívoco, todavia para fins do presente trabalho utilizaremos o conceito vinculado a movimento jurídico político de limitação de poder do Estado, isto é, em relação à função de limitar poder, evitar o arbítrio. Nesse mesmo sentido, afirmam Souza Neto e Sarmento que “o constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual”.²⁶⁰ Importante ainda ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 possui traços essenciais, ligados à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e à democracia, sendo que sobre tais aspectos ligados à essência da Constituição, afirmam Souza Neto e Sarmento:

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção a democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e a democracia... fundada na dignidade da pessoa humana [...].²⁶¹

Desta forma, pode-se afirmar que por ser o direito à dignidade comum a todos, a norma-regra é considerada rígida, absoluta, em contrapartida, a norma-princípio seria maleável, levando-se em consideração o aglomerado de fatores que estão ligados a outros princípios. Contudo, os dois princípios se entrelaçam sendo ambos considerados de acordo com a situação. No âmbito do Ordenamento Jurídico brasileiro, a dignidade humana tem valor

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004.

²⁶⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 72.

²⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 44. p. 170.

absoluto, ou seja, faz parte dos pressupostos e é norteador da aplicação do próprio ordenamento, é, portanto, um princípio elementar. Nas palavras de Flávia Piovesan:

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional [...].²⁶²

A Constituição Federal garante tratamento igual para todas as pessoas, no qual o princípio da isonomia deve englobar todas as situações, respeitando as igualdades e desigualdades. Desse modo, sendo feita a devida constitucionalização, releitura da investigação policial, sob as lentes da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, fica evidente que toda a atividade de investigação da Polícia Judiciária, bem como os juízos flagranciais feitos pelo Delegado de Polícia, devem sempre observar os princípios e valores constitucionais. Sendo totalmente retrógrada a visão no sentido de que os direitos constitucionais do conduzido/indiciado somente seriam plenos na fase judicial. Dentro dessa leitura constitucional da *persecutio criminis*, o investigado não pode mais ser visto pelo Estado como um mero objeto de direito, mas sim como um sujeito de direitos. Fauzi Hassan Choukr reforça essa ótica sob o prisma da dignidade da pessoa humana também na investigação criminal:

A dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.²⁶³

Conforme já referenciado, Ferrajoli²⁶⁴ menciona que o Direito Policial, que inclui o Direito de Polícia Judiciária, vem sendo informado pelas razões de Estado e de controle social e negligenciado academicamente, tratado com indiferença e desinteresse, constituindo um dos propósitos do presente trabalho expor essa indiferença, bem como chamar a atenção para sua importância, sua constitucionalização, a fim de melhor adequá-lo a uma ordem jurídica democrática, que tem como traços fundamentais a democracia, os direitos individuais e fundamentais e como valor axiológico máximo, a dignidade da pessoa humana.

²⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Trabalho**. São Paulo: Revista da AMATRA II, 2003, p. 315.

²⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 21.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 617.

David Queiroz ²⁶⁵ assevera que há uma situação de marcante contradição entre a Constituição e o Código de Processo Penal, pois enquanto aquela maximiza os direitos fundamentais e é repleta de valores democráticos, este, pelo menos no que tange ao inquérito policial, ainda mantém o resquício inquisitivo. Em relação ao assunto, Lênio Streck faz forte crítica ao que denomina de “cultura manualesca”, menciona o autor que “os manuais-entendidos aqui, deixo claro, como modelos *prêt-à-porters* de disseminação da dogmática jurídica de baixa densidade – mudaram muito pouco nos últimos anos”.²⁶⁶ Em pesquisa, constatou-se a veracidade desta crítica, tendo em vista que em consulta a diversos manuais escritos bem antes de 1988 sob a égide de regimes autoritários, no que tange aos dispositivos do Código de Processo Penal relativos à investigação preliminar, notadamente sobre o inquérito policial, muito pouco, quase nada mudou.

Machado bem ressalta que o constitucionalismo pós-guerra foi compelido a repensar o modelo de controle do poder estatal, a fim de preservar um núcleo de direitos fundamentais, tornando-o alheio ao decisionismo político. Inclusive aquele apoiado pelas maiorias menciona que “nesse contexto ganha relevância a formulação garantista quanto ao âmbito do não decidível”.²⁶⁷

Ferrajoli²⁶⁸ menciona que a primeira regra de qualquer pacto constitucional é deixar claro que nem tudo pode ser decidido pela maioria, não pode a maioria decidir pela supressão de direitos fundamentais da minoria ou de um cidadão sequer. Repare que sob o prisma garantista de Ferrajoli, o Estado de Direito impõe um sistema de limites substanciais impostos a todos os poderes públicos para garantia dos direitos fundamentais. A função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana no que tange ao âmbito da interpretação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais afirma que:

[...] do ponto de vista de sua dimensão objetiva impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental, integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico, [funcionando como critério material de hierarquização] que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma investigação sistemática [...] precisamente no âmbito dessa função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas

²⁶⁵ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 79.

²⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto. Acesso em: 28.10.2018.

²⁶⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 91.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 792.

acima de tudo – aqui também afinado com Juarez de Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvidas.²⁶⁹

Diante do exposto, é possível dizer que a hermenêutica jurídica visa a correta aplicação de uma norma, considerando seu verdadeiro sentido e alcance. Compreendendo-se a hermenêutica jurídica, é possível afirmar que a hermenêutica constitucional trata-se da interpretação da Constituição Federal em seu verdadeiro sentido e alcance, de modo a dar subsídio aos operadores de Direito. Deve-se destacar aqui a Constituição Federal como lei maior de um país, refere-se a uma norma hierárquica superior, devendo todas as demais leis e procedimentos segui-la.

Cabe ainda mencionar que o Direito Constitucional está na era do pós-positivismo, também chamado de neopositivismo, que inaugurou uma nova hermenêutica, com o caráter de direitos da natureza do homem ressaltados. A moral passou a fazer parte dos estudos e interpretações relacionados ao assunto, podendo ser considerado como um marco filosófico do novo direito constitucional. Assim, os direitos fundamentais no pós-positivismo passaram a ser vistos como valores universais e atemporais, ganhando status de norma jurídica, todo julgamento deve levá-los em conta por força de Constituição. Legisladores, juízes e operadores de Direito devem, assim, obedecer aos preceitos constitucionais.

Sendo feita a devida constitucionalização releitura da investigação policial, sob as lentes da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, fica evidente que toda a atividade de investigação deve sempre observar os princípios e valores constitucionais, sendo totalmente retrógrada a visão no sentido de que os direitos constitucionais do conduzido/indiciado somente seriam plenos na fase judicial. Como bem afirma Lênio Streck, a Constituição representa o “topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema”²⁷⁰, devendo dessa forma a investigação policial e a função do Delegado de Polícia serem vistas como “instrumentos de efetivação de garantias constitucionais”²⁷¹, sendo certo que as novas democracias constitucionais, como a do Brasil, devem ter uma política criminal que tenha “a função de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais nos casos concretos”.²⁷²

²⁶⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015, p. 103.

²⁷⁰ STRECK. Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 345.

²⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

²⁷² PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal. **In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda;**

Nesse contexto, os princípios ganharam com o pós-positivismo uma maior importância, passando a serem considerados como normas jurídicas que, ao serem priorizadas no momento de um julgamento ou na construção de uma lei, o valor moral passa a prevalecer. Assim, considerando o pós-positivismo, têm-se os princípios constitucionais como pontos fundamentais da nova hermenêutica. Como bem assevera Nicolitt²⁷³, nessa era do neoconstitucionalismo, não mais se admite uma teoria geral do processo que não reconhece as idiosincrasias do Direito Processual Penal, o que dificulta a implantação e o atendimento dos valores constitucionais. Complementar é a afirmação Machado quando menciona que:

[...] não há, de fato, mais lugar para os atores jurídicos de filiação irrestrita e exclusiva aos códigos, especialmente ao processual penal de 1941, num ambiente democrático. A postura exegeta fundada na cartilha autoritária de Francisco Campos revela um modelo ultrapassado de jurista que não se coaduna com o ideal garantista emancipador que se espera dos agentes estatais. (delegados, juízes, promotores etc.) num Estado de Direito [...] apesar de tudo isso, a dogmática processual penal clássica, de base civilista, não parece muito preocupada em denunciar as incompatibilidades manifestas entre a estrutura inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941 e o modelo formalmente acusatório da Constituição de 1988. Sem dúvidas, o sintoma mais evidente da ausência de uma teoria crítica, de viés libertário, que fosse realmente comprometida com noções básicas da democracia processual. Realmente não houve por aqui a devida e necessária constitucionalização e convencionalização do direito processual penal.²⁷⁴

Desse modo, a partir dos autores citados ratifica-se a necessidade de uma constitucional releitura do Processo Penal, especialmente, em relação ao inquérito policial, que, conforme demonstrado durante todo o estudo, já tem sido apontado pelos diferentes autores como lesivo aos direitos individuais pelas características inquisitivas que ainda são trazidas em sua prática. Giacomolli nos leciona no sentido de que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida com a ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos.²⁷⁵

David Queiroz corrobora com esse pensamento e bem destaca a necessidade de se realizar uma:

Devida acoplagem constitucional, adequando a investigação a base de princípios que sustentam a noção de processo, como a “garantia constitutiva dos direitos fundamentais, próprias do paradigma do Estado Democrático de Direito, significaria

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo Processo Penal à Luz da Constituição. Rio de Janeiro. Lúmen Juris.2010. p. 6.

²⁷³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 5 ed. rev. Atal e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47-50.

²⁷⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 111 e 121.

²⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto San José da Costa Rica.** 3 ed. São Paulo. Atlas, 2016, p.13.

delimitar os poderes dos responsáveis pela investigação, reduzindo as práticas autoritárias e, quiçá, contribuindo para a formação de um paradigma cultural autoritário. Com isso, a função de filtro da fase preliminar, tão desprestigiada, poderia ser erigida a local de destaque, aprimorando a aplicação da lei penal.²⁷⁶

Dentro dessa leitura constitucional da *persecutio criminis*, o investigado não pode mais ser visto pelo Estado como um mero objeto de direito, mas sim como um sujeito de direitos que não podem ser interpretados de maneira restrita. Resta evidente que um sistema de matriz inquisitiva, baseado no sistema de busca da verdade real, fomenta o Estado Policial e enfraquece o Estado Democrático de Direito, cuja função é servir-lhe como uma espécie de muro de contenção.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMANENTES DA DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A LEI 12.830/13

Neste tópico, abordar-se-ão aspectos relevantes sobre a Lei Federal n. 12.830 de 20 de julho de 2013, a qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. A referida lei, expressamente, prevê que o Delegado de Polícia é a autoridade competente/responsável pela presidência do inquérito policial. A palavra inquérito deriva do latim (*inquisitu, inquerre*) e significa inquisição, ou ato/efeito de procurar informações a respeito de algo, de inquirir. A Constituição Federal, em seu art. 144, § 4º,²⁷⁷ adjudicou atribuições de polícia judiciária à Polícia Civil, estruturada em carreira, institucionalizando como instrumento formal de polícia judiciária o inquérito policial. Sobre o referido dispositivo, afirmam Cabette e Sannini Neto:

É incontestável a atribuição constitucional das Polícias Judiciárias, chefiadas por Delegados de Polícia de Carreira, para a investigação criminal, nos estritos termos do art. 144, I e IV, e §§ 1º e 4º, da CF. No âmbito estadual, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 140, § 3º, reconhece a “independência funcional” e a “livre convicção do Delegado nos atos de polícia judiciária” (o que é ainda reforçado em âmbito estadual no bojo da Lei Complementar Estadual nº 1.152/2011, com a nova redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.249/2014, art. 1º, §§ 1º e 2º). Face a tais ditames constitucionais, é mister concluir que o Delegado de Polícia, no exercício de suas legítimas funções, deve ser dotado dos poderes necessários para o cumprimento de sua atividade-fim, tal qual preconiza a chamada “teoria dos poderes implícitos”, de origem anglo-saxônica.²⁷⁸

²⁷⁶ QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 81.

²⁷⁷ Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 4º: Às polícias civis, dirigidas por Delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as Militares.

²⁷⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder requisitório do delegado de polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. **In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, v. 15, n. 90, fev./mar. 2015, p. 226-231. Disponível em:

Sob esta perspectiva o inquérito policial recebeu garantia legal, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013.²⁷⁹ Sobre o disposto no referido artigo, não restam dúvidas de que a instituição que tem vocação constitucional para a investigação criminal é a Polícia Judiciária, pois desempenha função essencial à Justiça. Além disso, ela é responsável pela apuração de infrações penais e dirigida e presidida por Delegado De Polícia de carreira (art. 144 da Constituição Federal e art. 2º, §1º, da Lei 12.830/13), o que significa que o inquérito policial deve ser presidido pela autoridade policial, a quem incumbe dar a direção das investigações, de acordo com o seu livre convencimento técnico e jurídico.²⁸⁰

Ainda, sobre o artigo supracitado, este deixa claro que o Delegado de Polícia é a Autoridade Policial, cabendo-lhe a presidência dos autos de inquérito policial, com o desígnio de apurar as circunstâncias, materialidade e autoria das infrações penais. Os demais policiais são Agentes da Autoridade, havendo, portanto, o impedimento de que o inquérito policial, no que tange a apuração dos crimes não militares, seja presidido por outras instituições policiais. Sobre a Lei n. 12.830/13, dispõem Cabette e Sannini Neto:

No dia 20 de junho de 2013, foi publicada a Lei Federal nº 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Destaque-se, de pronto, que o objetivo deste diploma normativo foi regulamentar – ou melhor, explicitar – algumas das atribuições da Autoridade de Polícia Judiciária, conferindo-lhe uma maior autonomia e independência na condução do inquérito policial. Contudo, diferentemente do que muitos pensam e argumentam, a inovação legislativa não teve por foco a carreira de Delegado de Polícia. Na verdade, a intenção do legislador foi reforçar a própria investigação criminal e, com isso, fortalecer a Justiça, diminuindo a sensação de impunidade, o que, sem dúvida, beneficia toda a sociedade. A partir da Constituição da República de 1988, muitas instituições ligadas à persecução penal ganharam força, especialmente o Poder Judiciário e o Ministério Público, que, por meio das prerrogativas estabelecidas ao longo do texto constitucional, passaram atuar com ampla autonomia e independência funcional. Ocorre que, ao que nos parece, o legislador se esqueceu da porta de entrada do sistema criminal, vale dizer, a Delegacia de Polícia. O Delegado de Polícia é o primeiro agente estatal a dar um contorno jurídico aos fatos aparentemente criminais do cotidiano social, fazendo justiça quase que de maneira imediata, ora decretando a prisão em flagrante de criminosos, ora restituindo o *status libertatis* de pessoas detidas de maneira ilegal ou arbitrária.²⁸¹

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_90_miolo%5B1%5D.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁷⁹ Art. 2º: 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. § 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.

²⁸⁰ HOFFMANN, Henrique. Delegado pode presidir inquérito policial também de forma remota. 2017. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/academia-policia-delegado-presidir-inquerito-policial-tambem-forma-remota>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁸¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder requisitório do delegado de polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. **In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, v. 15, n. 90, fev./mar. 2015, p. 226-231. Disponível em:

Sendo assim, constatada a prática de uma infração penal, surge, o monopólio do poder de punir estatal, submetendo-se, o criminoso, à reprimenda. No entanto, para que o Estado exerça tal direito/dever, faz-se necessária a existência de um procedimento proposto com a finalidade de apurar a autoria/materialidade do fato criminoso. Este procedimento, subdividido em duas fases (investigação preliminar e processo penal em juízo), é chamado de persecução penal.²⁸² Ainda, que não haja vedação expressa para que, estando diante da infração penal, um particular reúna elementos relativos à materialidade/autoria delitivas e encaminhe-os à Autoridade Policial ou Ministério Público, a fim de que sejam tomadas as providências legais cabíveis, em regra, as investigações referentes aos fatos criminosos devem ser realizadas por órgãos oficiais (polícia judiciária), através do inquérito policial. Cabette e Sannini Neto explicam:

Demais disso, tendo em vista que a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia é responsável por subsidiar quase 100% das ações penais, tornou-se imprescindível a sua valorização. Em um momento em que a criminalidade está cada vez mais organizada, cabe ao Estado fortalecer suas instituições. Quando falamos de segurança pública, a primeira coisa que se destaca é o recrudescimento das leis penais, como se o direito penal fosse a solução para todos os nossos problemas. Por outro lado, pouco se fala no fortalecimento das polícias judiciárias, que desempenham papel extremamente relevante no correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado. Infelizmente, nossos “especialistas” (sic) em segurança pública, bem como nossos governantes e legisladores, não se atentaram para o fato de que mais importante que a severidade da pena é a certeza da pena, o que só é possível por meio de uma esmerada investigação criminal. Foi dentro desse espírito, ainda que de maneira muito acanhada, que surgiu, por exemplo, a Lei nº 12.830/2013, reforçando o inquérito policial que constitui verdadeira garantia ao indivíduo. Nesse sentido, são incisivas as palavras utilizadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao apreciar o tema em questão: Assim, o inquérito policial, ainda que visto como procedimento administrativo pré-processual, é um instrumento prévio e de triagem contra acusações levianas e precipitadas, uma verdadeira garantia do cidadão e da sociedade, tendo dentro dele uma significativa parcela de procedimento jurídico, vez que poderá ensejar prisão e outras providências cautelares que afetam os direitos individuais. Um inquérito policial bem elaborado presta-se tanto à justa causa para a subseqüente ação penal quanto à absolvição do inocente.²⁸³

Essa atribuição para a investigação criminal, conferida à Autoridade Policial (Delegado), não é exclusiva. No entanto, há a titularidade para a condução da investigação criminal através do inquérito policial, já que existem outros órgãos com poderes

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_90_miolo%5B1%5D.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁸² GABRIEL, Anderson de Paiva. **A duração razoável dos procedimentos investigativos: reflexões sobre a jurisdição contemporânea**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-duracao-razoavel-dos-procedimentos-investigativos-01102018>. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁸³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder requisitório do delegado de polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. *In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, v. 15, n. 90, fev./mar. 2015, p. 226-231.

investigatórios, como o Ministério Público. No entanto, parece-nos mais adequado que a investigação criminal deve ser própria da Autoridade Policial, já que se exercida pelo Ministério Público atentará contra o sistema acusatório, pois geraria um desequilíbrio entre a acusação e a defesa. Outro ato que compõe o inquérito policial é o indiciamento. Ele poderá ser direto (quando o investigado estiver presente) ou indireto (quando o investigado estiver ausente).

Com relação à exclusividade para a investigação criminal, mesmo no que diz respeito à Polícia Federal (para a qual é guardada certa exclusividade do exercício da função de Polícia Judiciária da União, o que não significa desempenhar todas as investigações em âmbito federal), não é deixada de lado a existência de órgãos diversos com poderes investigatórios, desde que legalmente previstos.²⁸⁴ Sendo assim, em se tratando do ato de indiciar, pode-se dizer que nada mais é que a atribuição de autoria de determinada infração penal a determinado indivíduo no âmbito da investigação policial. É ato privativo do Delegado de Polícia, não podendo suportar influências externas (judicial e/ou ministerial), já que na fase processual há denúncia e seu recebimento. Sobre o indiciamento, expõe Dantas Júnior:

O indiciamento privativo é prerrogativa e atribuição da Autoridade Policial, a qual deverá promovê-lo de forma essencialmente fundamentada, indicando a materialidade, autoria e circunstâncias do delito, com a devida apreciação técnico-jurídica do fato, conforme previsão do § 6º do art. 2º da Lei 12.830/2013, in verbis: Art. 2º 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. § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. O novo diploma legal ao tratar do indiciamento como ato privativo e exclusivo da autoridade policial encerrou de uma vez por todas com a chamada requisição de indiciamento, ou seja, é vedado ao Magistrado ou Promotor de Justiça exigir, por meio da requisição, que alguém seja indiciado pelo delegado de polícia.²⁸⁵

É vedado à Autoridade Policial indiciar um indivíduo apenas por simples suspeita. Para o indiciamento é *conditio sine qua non* a existência de indícios de autoria e materialidade do delito objeto da investigação policial. A Autoridade Policial tem o dever de fundamentar o ato de indiciamento, segundo o artigo 2º, § 6º, da Lei n.12.830/13.²⁸⁶ O indiciamento, nesse

²⁸⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova lei 12.830/13 - investigação pelo delegado de polícia: primeiras impressões sobre a lei 12.830/2013 - investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. 2013. **In: JusBrasil**. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937943/nova-lei-12830-13-investigacao-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁸⁵ DANTAS JÚNIOR, Enéas de Oliveira. A investigação criminal à luz da lei 12.830/2013. **In: Revista da Ejuse**, n. 21, 2010, p. 334.

²⁸⁶ Art. 2º 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. [...] § 6º O indiciamento, privativo do delegado de

sentido, consiste no ato de convencimento pessoal da autoridade investigante, não cabendo, de forma alguma, ao promotor ou ao juiz a exigência de que alguém seja indiciado pela autoridade policial. Entretanto, havendo discordância jurídica pelo Ministério Público, é possível que ele denuncie qualquer suspeito, não estando preso à definição jurídica dada pela autoridade policial no inquérito. Ainda, segundo Dantas Júnior, “é possível que o membro do Parquet denuncie qualquer suspeito envolvido na investigação criminal, competindo-lhe, requisitar do Delegado de Polícia, a identificação criminal e o relatório acerca da vida pregressa do indiciado”.²⁸⁷

Deve o Delegado de Polícia apontar os elementos de convicção existentes nos autos, no que diz respeito à autoria, materialidade e outras circunstâncias que o induziram a formalizar o indiciamento. Quando verificada a prática de um delito nasce o direito/dever de punir para o Estado. Entretanto, para que exista o direito de punir, o ato praticado pelo agente deve ser classificado como uma infração penal. Um fato é formalmente típico quando contraria a norma penal e, materialmente típico, quando a conduta criminosa gera lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico penalmente tutelado, devendo ser valorada a conduta praticada e o resultado causado.

Nesse sentido, o Princípio da Insignificância impacta diretamente a tipicidade material do delito, já que é analisado de acordo com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Também conhecido como Princípio da Bagatela, pode-se dizer que ele é um desdobramento do Princípio da Intervenção Mínima que determina que o Direito Penal deva ser aplicado apenas quando necessário, mantendo-se fragmentário e subsidiário. Em outras palavras, o Direito Penal apenas intervém quando as demais esferas se frustraram e quando presente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A Lei n. 12.830/2013, analisado o § 1º, do art. 2º²⁸⁸, possibilita ao Delegado de Polícia, aplicar, na fase inquisitorial, o Princípio da Insignificância, já que a averiguação da materialidade passa a ser um dever deste e um direito do investigado. Apesar de não ser matéria pacífica, temos que a Lei n. 12.830/2013, consolida o entendimento de que a autoridade policial não se restringe apenas à análise formal da tipicidade, devendo perpassar

polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

²⁸⁷ DANTAS JÚNIOR, Enéas de Oliveira. A investigação criminal à luz da lei 12.830/2013. *In: Revista da Ejuse*, n. 21, 2010, p. 344.

²⁸⁸ Art. 2º 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. § 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.

pelos demais substratos do crime a fim de verificar a existência ou não da ocorrência de crime, que possa justificar eventuais medidas restritivas adotadas em sede policial. Sobre a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o Princípio da Insignificância, aduz Brentano:

Dito isso, resta claro que as atividades da autoridade policial não possuem cunho meramente administrativo, mas, sim, pré-processual, sendo o delegado de polícia o primeiro a realizar uma análise técnico-jurídica do caso concreto, devendo resguardar os direitos e garantias fundamentais daquele a quem se atribui a prática de uma infração penal. Nesta condição, faz claro juízo de valor acerca dos fatos que lhe são apresentados, verificando não apenas a presença de indícios de autoria e materialidade, mas, também e principalmente, os elementos que compõem o crime, quais sejam: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Portanto, estando o delegado de polícia diante de uma situação fática que permita a aplicação do princípio da insignificância, assim deverá proceder, seja deixando de lavrar o auto de prisão em flagrante, seja não instaurando inquérito policial, ou, ainda, deixando de indiciar o investigado, caso já em tramitação o procedimento policial, decisão, porém, que deverá ser sempre fundamentada. A aplicação do princípio da bagatela, já na fase policial, evita constrangimentos desnecessários ao investigado, decorrentes da adoção de providências de polícia judiciária por fato materialmente atípico, faltando justa causa para tanto. Além disso, a lavratura de um auto de prisão em flagrante e a instauração de um inquérito policial geram altos custos decorrentes da movimentação da máquina estatal, os quais, suportados pela coletividade, poderiam ser evitados com a adoção do princípio da insignificância pelo delegado de polícia.²⁸⁹

Assim, caso a Autoridade Policial não constatare a tipicidade material acerca do delito a ser apurado, poderá descrever tal situação em seu relatório final, usando-a como fundamento e justificativa para não indiciar um indivíduo por fato que entende ser materialmente atípico. Das análises até aqui feitas, necessária se faz a menção aos princípios pertinentes à devida investigação criminal e a Lei n. 12.830/2013 que serão abordados nos tópicos a seguir.

3.2.1 Princípio da Devida Investigação Criminal (implícito constitucional e corolário do devido processo legal)

Como visto até o presente, não há nenhum dispositivo legal na legislação brasileira que delibere sobre o conceito de investigação criminal. Embora façam referência, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e a Lei n. 12.830/13 não articulam precisamente sobre o que vem a ser a atividade de investigação criminal. Desta forma, não há conceito taxativo de investigação criminal, do ponto de vista normativo. Da leitura desses dispositivos legais é possível concluir que a investigação criminal tem como desígnio a apuração das infrações penais e que tal encargo é atribuição precípua da Polícia Judiciária. O

²⁸⁹ BRENTANO, Gustavo de Mattos. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. 2018. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/gustavo-brentano-uso-principio-insignificancia-delegado>. Acesso em: 27 jan. 2019.

ponto de partida da persecução penal é a investigação criminal, ou seja, é início da atividade de verificação de determinado fato, supostamente criminoso.

É por meio da investigação criminal que todo o procedimento de apuração da responsabilidade penal do sujeito praticante de um crime surge. A devida investigação criminal implica no respeito à Constituição e aos direitos individuais por parte do Estado, vez que os direitos/garantias fundamentais limitam o que deve ou não ser feito numa investigação criminal. O texto constitucional é cristalino ao aludir que, via de regra, a apuração de infrações penais e a execução dos encargos de Polícia Judiciária competem à Polícia Federal e às Polícias Cíveis, conservando às Polícias Militares, o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Assim, as atribuições dos órgãos de segurança pública estão elencadas de forma que não admitem margem para dúvidas de qual é a função de cada instituição, de modo que a atividade de investigação criminal pertence à polícia judiciária.

A regra prevista no caput do art. 4º do Código de Processo Penal – “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá, por fim, a apuração das infrações penais e da sua autoria” – e as regras inseridas no art. 2º caput e §2º da Lei n. 12.830/13 – “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” e “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”, respectivamente – mantêm afinidade harmônica com a Constituição Federal, pois corroboram com a condução da investigação criminal pela polícia judiciária. Segundo Barbosa:

Verifica-se, portanto, a razão de os órgãos do sistema de Justiça criminal terem explicitadas as suas funções e serem todas consideradas como essenciais à administração da Justiça, inclusive a função investigativa da polícia judiciária, na qual, após a Constituição de 1988, passou a ser dirigida por um delegado de polícia de carreira, bacharel em Direito, cargo acessível por concurso público, exatamente como as demais carreiras jurídicas que integram o sistema de Justiça criminal. Salienta-se que a polícia judiciária não obstante estar alocada na Carta Política, no capítulo sobre Segurança Pública, se insere no título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o que não a exclui da função precípua de ser uma garantidora dos direitos fundamentais do investigado e, por isso, em especial a polícia judiciária [...] Diante dessa necessária democratização da Justiça penal, notadamente dos órgãos nela atuante, a fundante independência natural que emerge das funções desempenhada pelos órgãos, e por isso, juiz natural, promotor natural, defensor natural e delegado natural. Nos dedicaremos ao último.²⁹⁰

²⁹⁰ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. 2015. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Em outras palavras, a atividade investigativa policial será realizada pelas instituições que carregam as atividades de Polícia Judiciária em seu bojo. Considera-se a Polícia Judiciária, por compor o sistema de Justiça criminal, como ensina Nicolitt, uma “protagonista da investigação criminal exerce função essencial à Justiça, como garantia implícita na Constituição”.²⁹¹ Nesse sentido, as atividades desempenhadas pelas Polícias Judiciárias ligam-se à Justiça de forma direta e à segurança pública de forma indireta. Mesmo diante dos comandos constitucionais que definem as atribuições dos órgãos estatais, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o Ministério Público pode conduzir investigações de natureza criminal, por meios próprios, sendo que, como visto anteriormente, inexistente comando legal que autorize tal inferência. Sobre tal entendimento, brilhantes são as considerações de Hoffmann e Nicolitt:

Por mais importante que seja o discurso combate à criminalidade, não têm o condão de autorizar a subversão da divisão constitucional de atribuições. A sanha utilitarista não pode jogar por terra garantias que não foram conquistadas do dia para a noite. Daí sempre termos sustentado que a investigação direta pelo Ministério Público é algo que não se pode admitir. Todavia, surpreendentemente não foi esse o caminho trilhado pelo STF, em que pese o alerta do vencido ministro Marco Aurélio no sentido de ser “inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar [...] prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas”. A maioria entendeu pela possibilidade de investigação pelo Parquet. A partir da decisão da Corte Suprema, cessaram os debates no meio jurídico, cujo alarde resumia-se praticamente à tese primeira de poder ou não o MP investigar. Porém, o aspecto mais importante do julgado foi negligenciado, a saber, os limites e condições para a investigação direta do Ministério Público.²⁹²

São limites da investigação direta do Ministério Público a prevalência da requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação, a excepcionalidade e subsidiariedade da apuração, a condução sob sua direção e até sua conclusão, a incoerência de *bis in idem*, consideração aos princípios e regras que norteiam o inquérito policial, bem como o respeito ao limite legal da investigação criminal brasileira. Apesar de muito se discutir sobre qual seria o órgão competente para efetuar investigações preliminares, defende-se a possibilidade de o Ministério Público realizar tais investigações. No entanto, em que pese a discussão sobre a exclusividade ou não das investigações, o que é evidente é que na Constituição, ao menos de forma clara e explícita, a investigação preliminar cabe à Polícia Judiciária, cabendo ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129 e 144 da Constituição Federal de 1988), logo é precipuamente função das Polícias Judiciárias.

²⁹¹ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. rev. Atal e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47-50.

²⁹² HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites. 2018. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opiniao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Sem prejuízo, a Constituição previu a possibilidade de outros órgãos realizarem atos de investigação, como ocorre com o Ministério Público nos inquéritos civis. Porém, percebe-se nítido desacordo com relação ao sujeito e a finalidade de tais atos. Assim, cabe o protagonismo da Polícia Judiciária na apuração de fatos criminosos, objetivando a obtenção de provas e elementos que possam esclarecer sobre a possível necessidade de processo penal posterior. Deste modo, esta fase inicial da persecução penal deve ser realizada por um ente imparcial, que não possui ligação direta com o processo, separando-se perfeitamente as funções do Estado.

Segundo Nunes²⁹³, na doutrina prepondera o pensamento de que o Inquérito Policial obedece a procedimento proposto para agrupar os elementos necessários à apuração da autoria e do cometimento de determinada infração. Inicia-se, então, a *persecutio criminis*, através da Polícia Judiciária e do Ministério Público, sendo este último o responsável por levar, através da denúncia, ao conhecimento do Juiz o delituoso e a sua autoria. Não é possível, segundo o autor supracitado, negar a parcialidade do Ministério Público no momento da investigação criminal, já que este órgão é a parte acusatória no processo posterior quando tratar-se de ação penal pública, o que feriria o princípio da paridade de armas necessária ao sistema acusatório, ora, como poderia o Ministério Público atuar em favor do investigado, se tem pela frente uma ação judicial? Cabete esclarece:

Como já externado em outro trabalho, este autor não considera adequada a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público por uma série de questões de ordem puramente jurídica, as quais se enumera a seguir sem adentrar em desenvolvimento que não cabe neste momento: a) O óbice da *legalidade* consistente no fato concreto de que não existe lei alguma que regule essa espécie de investigação. É indefensável pretender que uma Resolução (Resolução 13/06 do Conselho Nacional do Ministério Público) possa fazer as vezes de “lei” processual penal, a qual é de competência privativa da União através de “Lei Federal” (artigo 22, I, CF). Portanto, não se pode admitir que um órgão estatal de tamanha relevância e dignidade atue à margem da lei e da Constituição, ou seja, atue “marginalmente”. E não se pode imaginar que eventual arrimo constitucional para esse suposto poder investigatório ministerial seja suficiente para que o órgão o coloque em prática sem uma lei que o regulamente. É sabido, até por um jejuno primeiro anista de Direito, que a Constituição Federal não é Código de Processo Penal. Se essa atribuição pode ser extraída do texto constitucional, então se deve primeiro promulgar uma lei que regulamente a investigação ministerial para depois poder realizá-la de forma legítima. b) A questão da *imparcialidade*, consistente no fato de que em um sistema acusatório ideal é desejável que sejam separadas as quatro funções da persecução penal, quais sejam: investigação, acusação, defesa e julgamento. Então é desejável que um órgão isento faça a investigação, outro formule a convicção sobre a denúncia ou não, outro exercite a plena defesa e um último profira a decisão do caso. A confusão de funções cria desequilíbrio e exige do homem (v. G. Do Promotor) aquilo que somente se pode esperar de deuses. E tem sido muito comum que o mesmo Promotor que investiga formule a peça acusatória e siga no processo até o fim. Note-se, inclusive, que isso entra em colisão com disposição expressa do

²⁹³ NUNES, Marcelo Alves. **Duração razoável da investigação criminal**: uma garantia fundamental do investigado. Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013, p. 120.

Código de Processo Penal vigente. Segundo o artigo 252, II, CPP, o Juiz fica impedido de processar e julgar uma causa onde tenha atuado anteriormente na qualidade de Autoridade Policial. Pois bem, as mesmas normas de impedimento e suspeição servem para o Ministério Público nos termos do artigo 258, CPP. Portanto, se o Promotor era Delegado do mesmo caso, não pode nele atuar. Por que poderia investigar na qualidade de Promotor e ele mesmo acusar? Seria a Súmula 234 do STJ um permissivo, na medida em que afirma que a ‘participação’ do membro do Ministério Público na fase investigatória não o impede ou torna suspeito para a denúncia? A resposta óbvia é que não. A Súmula trata somente da participação, pois que o Ministério Público sempre ‘participa’ da fase investigatória (v. G. Manifestações em pedidos de prazo durante todo o andamento do feito; manifestações em prisões provisórias e outras medidas cautelares; requerimentos de diligências ou cautelares na fase investigatória; eventuais acompanhamentos de diligências policiais tais como interrogatórios e oitivas de testemunhas juntamente com o Delegado que preside o feito; acompanhamento facultativo previsto na Lei de interceptações telefônicas quanto a essas diligências etc.). Mas, ‘participar’ não é o mesmo que ‘conduzir’ ou ‘presidir’, muito menos ser a Autoridade Policial ou alguém que atua tal e qual. Essas parecem ser as duas principais motivações jurídicas para o impedimento de uma investigação ministerial no atual estado da arte da legislação brasileira. Não obstante, se algum dia for satisfeita a legalidade, ou seja, promulgando-se uma legislação autorizadora e reguladora da Investigação Ministerial, não se vê qualquer óbice a que mais um órgão atue na repressão à criminalidade. Agora, um requisito que se considera imprescindível é que o Promotor que investiga não seja o mesmo que formula o juízo de convicção para a acusação ou arquivamento e muito menos o que prossiga no processo.²⁹⁴

Em outras palavras, segundo o autor supracitado, nem mesmo a Súmula 234 STJ colocou fim à discussão, vez que ela somente assevera não haver impedimento de atuação no processo por parte de Promotor que participou da investigação (sendo que participar é diferente de atuar diretamente). Além disso, cumpre destacar que o Inquérito Policial funda uma garantia ao investigado, ao passo que impede que um inocente seja submetido a processo desnecessário e garante que a máquina do Poder Judiciário não seja acionada em vão, evitando o dispêndio de recursos financeiros e humanos por parte do Estado.

Por tudo o que foi posto, demonstra-se imprescindível que as investigações preliminares sejam efetuadas por um órgão oficial e imparcial, tornando o Inquérito Policial, na prática, um instrumento imperativo na apuração de infrações penais e sua autoria. Isso porque outros meios investigatórios não se cercam das mesmas garantias ao investigado, sobretudo por não contarem com uma previsão legal, ferindo o Princípio da Devida Investigação Criminal Constitucional corolário do devido processo legal que lhe é posterior. (ou *due process of law*).

²⁹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova lei 12.830/13 - investigação pelo delegado de polícia: primeiras impressões sobre a lei 12.830/2013 - investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. 2013. **In: JusBrasil**. 2013. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937943/nova-lei-12830-13-investigacao-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 27 jan. 2019.

3.2.2 Princípio da Inamovibilidade relativa do Delegado de Polícia e do Delegado natural

O Processo Penal brasileiro é dividido em duas fases, sendo uma administrativa ou investigativa e a outra judicial (que nada mais é que a instrução criminal, destinada à verificação da culpa). A fase administrativa ou investigativa é formal e substancialmente administrativa, porém com finalidade judiciária e é direcionada à apuração do crime, sendo dirigida, em regra, pela Polícia Judiciária. O Delegado de Polícia durante a investigação exerce juízos valorativos e, assim como o juiz, deve ser dotado de imparcialidade e independência. De acordo com o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, sendo garantido o tratamento isonômico, preservada a dignidade da pessoa humana, evitando-se perseguições dentro do Estado Democrático de Direito. No entanto, a partir da verificação de que o inquérito policial é um procedimento que integra o processo preliminar investigatório, urge a concretização do Princípio do Delegado Natural como meio de o Estado empreender esforços contra abusos, desvios de poder ou excessos.

Algumas garantias são asseveradas à atividade investigativa da Polícia, como a essencialidade das funções de Polícia Judiciária e apuração das infrações penais, autoria e materialidade, o livre convencimento técnico-jurídico, a isenção e imparcialidade nas investigações, a garantia do Delegado de Polícia Natural, a inamovibilidade relativa, entre outras garantias. Dentre elas, destaca-se o art. 2º, §§ 4º e 5º da Lei n. 12.830/2013²⁹⁵. Em outras palavras, a garantia de um processo/procedimento justo e posto nos limites legais (considerando o caráter democrático estabelecido pela investigação criminal) impõe a concretização do Princípio do Delegado Natural. Portanto, a regra é que a designação do delegado com atribuição para ponderar a matéria seja anterior ao fato a ser apurado e o exercício de suas atribuições seja alheio a influências externas e permanente, de modo que garanta a independência, imparcialidade e eficácia da investigação.

Eventual restrição de direitos fundamentais do investigado dar-se-á frente ao interesse maior da persecução penal e da coletividade e não por fatores seletivos. O Delegado de Polícia, de acordo com o art. 22 do Código de Processo Penal, possui atribuição para apurar os fatos ocorridos dentro de sua circunscrição. Poderá, no entanto, realizar diligência

²⁹⁵ Art. 2º 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. [...]. § 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. § 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

em outra circunscrição dentro da mesma comarca. Diligência em comarca diversa necessita de expedição de carta precatória. O Princípio do Delegado Natural é também garantidor da tranquilidade do investigador ao qual incumbe a busca da verdade, empregando os meios legalmente admitidos e asseverando as garantias democráticas. A autonomia investigativa do Delegado, bem como a sua independência em relação à defesa/acusação, assevera a inércia do Poder Judiciário durante a etapa pré-processual. Assim, consta-se, no fortalecimento do sistema acusatório, o apreço da Polícia Judiciária enquanto função essencial à justiça.

A investigação policial somente poderá ser avocada, segundo o art. 2º, §4º, da Lei n. 12.830/2013, se consubstanciado o motivo de interesse público ou se presentes as hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que embarace a eficácia da investigação. O Ordenamento Jurídico Brasileiro, da mesma forma que ocorre com o juiz, com o promotor e com o defensor, nos termos do Princípio da Autoridade Natural, positivou, por meio da Lei n. 12.830/2013, o entendimento do Delegado Natural como autoridade pública presidente do inquérito policial. Sendo assim, a discricionariedade excessiva que existia em relação a qual autoridade teria atribuição para realizar os procedimentos investigativos, bem como a possibilidade de designação de um Delegado diverso daquele com atribuição original, passou a ser restringida pelo Princípio do Delegado Natural positivado no aparelho jurídico brasileiro. Por conseguinte, a remoção da autoridade policial só ocorrerá por ato fundamentado, de acordo com o disposto do art. 2º, §5º, da Lei n. 12.830/2013. A remoção arbitrária do Delegado atinge outras garantias, além da prerrogativa da inamovibilidade relativa, inclusive dos sujeitos da investigação, conspurcando o Princípio do Delegado Natural. Sobre o assunto, preconiza Hoffmann:

Cumpra sublinhar que, assim como nas fundamentações judiciais, não há mais lugar para motivações administrativas que se limitem à mera cópia de dispositivos legais ou utilização de termos genéricos que sirvam a qualquer hipótese. Exige-se que a deliberação esteja lastreada em elementos concretos. Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica não autorizam que a administração pública afete a esfera de direitos do servidor público. [...] Pois bem. Dentre os diversos atos administrativos, destaca-se a remoção, que traduz o deslocamento do servidor para outra lotação, a pedido ou de ofício pela administração pública. A decisão do administrador em remover algum servidor público deve ser tomada *cum grano salis*, por afetar não só a vida profissional do agente, mas principalmente sua esfera particular, não se olvidando que a família, base da sociedade, deve contar com especial proteção do Estado (artigo 226 da Constituição Federal). [...] Para que o Estado-investigação promova apurações isentas e imparciais, é preciso que a autoridade de polícia judiciária não decida sob o temor de injustas represálias, não devendo se sujeitar a vicissitudes sociais, econômicas e políticas. E uma das formas mais comuns de retaliação é justamente por meio da remoção. Nesse panorama, surgiu a Lei 12.830/13. [...] só há que se falar em remoção do delegado de polícia de uma delegacia a outra se restar inequivocamente demonstrado, mediante detalhada fundamentação, o interesse público da medida. Não se trata de favor pessoal, senão de instrumento de preservação da liberdade e independência da autoridade policial no exercício da função, que gera reflexos em um dos bens jurídicos mais caros ao

cidadão, qual seja, a liberdade. [...] Essa inamovibilidade não significa a absoluta impossibilidade de movimentação da autoridade de polícia judiciária, mas a colocação de rígidos limites à sua remoção, sendo a baliza fundada no interesse público. Aliás, não há inamovibilidade absoluta nem mesmo para o magistrado ou membro do Ministério Público. O fato é que a remoção não pode se dar com fundamentos fraudados ou genéricos.²⁹⁶

Com tais prerrogativas, o Delegado de Polícia terá maior segurança no exercício de suas funções, ficando menos suscetível a eventuais pressões internas e/ou externas. Diante da autonomia do Delegado de Polícia Natural, à frente das investigações policiais, bem como da garantia de investigação apenas por parte deste, revela-se verdadeiro direito fundamental, vedando-se a designação de um Delegado de Exceção, especificamente para investigar determinado fato ou pessoa, muitas vezes com uma finalidade já predefinida pelo Governante que o designou (Soberano), razão pela qual a inamovibilidade relativa do Delegado de Polícia traduz uma garantia do cidadão, muito além de uma mera prerrogativa do cargo, até porque, como já fora mencionado, em um sistema constitucional democrático, cabe muitas vezes ao Delegado de Polícia um papel contramajoritário, devendo suportar pressões, zelando pela esmerada aplicação do direito e garantindo os direitos fundamentais já na fase pré-processual.

3.2.3 Princípio da Duração Razoável da Investigação Criminal

Neste tópico abordar-se-ão algumas considerações acerca do direito à razoável duração do processo, inserido na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, intitulada “Reforma do Judiciário”, assim como sua estima para a garantia da efetividade do processo. Será explicitado ainda, que não existem fatores objetivos para a verificação do cumprimento desse direito, mas que sua observância depende de cada caso concreto observados os princípios constitucionais e processuais. No âmbito jurídico, o Poder Judiciário não consegue dar celeridade aos casos que lhe são propostos.

O problema é ainda mais grave quando se entra na seara do Direito Penal, tendo em vista que está em jogo o direito fundamental à liberdade do indivíduo e não há uma decisão transitada em julgado do Judiciário para resolver o processo. Para tentar resolver o problema da demora jurisdicional, o Ordenamento Jurídico brasileiro, em 2004, foi contemplado com a Emenda Constitucional n. 45/2004. A referida Emenda Constitucional

²⁹⁶ HOFFMANN, Henrique. Inamovibilidade é prerrogativa do delegado e garantia do cidadão. 2015. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-27/academia-policia-inamovibilidade-prerrogativa-delegado-garantia-cidadao#_ftnref12. Acesso em: 28 jan. 2019.

instituiu a garantia da duração razoável do processo, no entanto, tal garantia já existia nas normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, através do Decreto 678/1992. Sobre o mesmo tema, importantes também as palavras de Nunes:

Sobre a natureza jurídica da norma, pode até parecer exagerada, a priori, a alocação do direito à duração razoável do processo no seletivo elenco dos direitos fundamentais, ao lado do direito à vida, à integridade e liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão. Contudo, não se pode desprezar que um processo judicial ou administrativo pode levar uma pessoa ou empresa à ruína financeira, aspecto que se agrava sobremaneira no processo penal, por envolver, além da liberdade do indivíduo, seu nome e família, enfim, sua dignidade.²⁹⁷

Nesse sentido, desde a ocasião em que proibiu o exercício da autotutela do indivíduo, o Estado assumiu o dever de solucionar os conflitos e garantir a concretização do direito que seria obtido pelo emprego da força àquele que busca sua intervenção. O dispositivo mostra que de nada adianta garantir apenas o livre e irrestrito acesso ao Judiciário aos litigantes a fim de que defendam seus direitos. Deve-se, respeitadas as garantias fundamentais do processo, garantir também a apreciação da demanda em tempo razoável.

O legislador pretendeu dar celeridade sem que se perca a qualidade das decisões, bem como dos demais direitos processuais elencados em favor do réu na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Em outras palavras, foi por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 que a Constituição Federal auferiu, no inciso LXXVIII do art. 5º, a inclusão do Princípio da Razoável Duração do Processo. O princípio objetiva promover a celeridade processual, baseando-se na efetividade da tutela jurisdicional, pois muitas vezes os resultados que se esperam do processo são demasiadamente demorados, fazendo com que a sua finalidade se perca ou se mostre sem a devida efetividade. Sobre o assunto Edson Luís Baldan bem leciona que:

A persecução penal apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Embora dotada de dois instantes, a persecução em si é, em si, uma, indivisível. Daí que a cláusula do devido processo legal (*due process* ou *law* ou *do giusto* processo) deva ungar a ação estatal durante esse todo indivisível. Por esse raciocínio, não só o acusado (na fase judicial), mas também o imputado (na fase preliminar de investigação ou, mesmo, aquém desta) deve gozar, na plenitude da garantia individual do devido processo legal.²⁹⁸

Por vezes, essa excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional torna vulnerável a efetividade do processo, prejudicando/ferindo o Princípio do Devido Processo Legal

²⁹⁷ NUNES, Marcelo Alves. **Duração razoável da investigação criminal: uma garantia fundamental do investigado**. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1237>. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁹⁸ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. **In: KHALED JR. Salah (coord.). Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 169-178

Processual. Basicamente, a intempestividade da tutela jurisdicional majora a dúvida e afeta a segurança jurídica. Assim, se de um lado está o Processo Penal que se beneficia da duração razoável, de acordo com a norma inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, do outro, estão os inquéritos policiais, que se arrastam por meses e até anos sem solução, fadados ao arquivamento e/ou extinção de punibilidade. Não existe determinação expressa na legislação brasileira indicando a duração razoável do processo ou da investigação criminal. A doutrina, há tempos, exige que os códigos de processo definam o que vem a ser razoabilidade para maior clareza. Inobstante a aplicação imediata do princípio vem sendo realizada pelos Tribunais e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme os casos estudados por este pesquisador nos quais o STJ trancou a ineficiência por inércia do Estado.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. "SEGREDO DE JUSTIÇA". IMPETRAÇÃO QUE OBJETIVA O TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO HÁ 08 (OITO ANOS). DURAÇÃO DESARRAZOADA DO INVESTIGATÓRIO, AINDA QUE AMPLO O ESPECTRO DO SEU OBJETO. EVIDENCIAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE CULPA. CONCESSÃO DA ORDEM, NO TOCANTE A PEDIDO ALTERNATIVO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO APURATÓRIO. 1. Menciona-se, na inaugural, instauração e superposição de IPLs com o mesmo objeto, desde 05 de julho de 2005 e 11 de janeiro de 2007, inclusive com a prisão preventiva do paciente, já revogada, dentre outros constrangimentos associados ao episódio em causa, sem que haja sido formalizada a culpa do paciente, relacionada, se o caso e somente em tese, ao espectro das investigações. Fala-se, ainda, da possibilidade de ocorrência do evento prescricional em relação a todas as supostas condutas delituosas objeto dos IPLs. 2. Exsurge da impetração fato incontroverso traduzido na perpetuação de investigação policial, porquanto inconclusa, sem formação de culpa porventura imputável ao paciente. Protrai-se, desarrazoadamente, inquérito policial - por 08 (oito) anos - que, apesar de seu largo espectro, não se coaduna com a duração aceitável do feito, sendo crível que da sua perpetuação configuram-se negativas a garantias e direitos vários do paciente. 3. Impõe-se a cessação imediata dos deletérios efeitos decorrentes da continuidade do investigatário policial em comento, para além de prazo razoável e exigível de seu termo, com a formalização - ou não - da culpa do paciente, desencadeando-se, se for o caso, a correspondente persecução penal. 4. A manter-se o procedimento investigatário sem conclusão por tantos anos - quase uma década! - advirá, quase que certamente, a prescrição de todas as condutas possivelmente delituosas, prejudicando, dessarte, a aplicação da lei penal. 5. Fixação de prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, ao menos em relação à situação fático-jurídica do paciente, para a conclusão dos inquéritos policiais, sob pena de apuração de responsabilidade penal ou funcional da autoridade policial.²⁹⁹

Outro caso que pode ser apresentado que bem ilustra a violação de direitos, bem como o trancamento do inquérito conforme mencionado anteriormente foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008, podendo-se dizer que se trata de um problema que se arrasta durante toda a história em que o atual inquérito policial é realizado.

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ESTELIONATO CONTRA ENTE

²⁹⁹ TRF-5 - HC: 80871220134050000, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 05/09/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 11/09/2013.

PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE QUE OS FATOS INVESTIGADOS JÁ FORAM OBJETO DE OUTRO INQUÉRITO POLICIAL, ARQUIVADO A PEDIDO DO MPF. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTOS CONCEDIDOS PELO FINAM E PELA SUDAM E DESVIO DE RECURSOS. NÃO APURAÇÃO DE QUALQUER FATO QUE PUDESSE AMPARAR EVENTUAL AÇÃO PENAL, TANTO QUE NÃO OFERECIDA A DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE DURA MAIS DE 7 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Alega-se, em síntese, que o constrangimento ilegal advém da manutenção das investigações no Inquérito Policial 521/01, em trâmite na Polícia Federal do Estado do Maranhão, em que se apuram os crimes de estelionato e falsidade ideológica, supostamente cometidos pelos pacientes em detrimento da extinta Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), uma vez que os mesmos fatos foram investigados pela Polícia Federal de Tocantins, tendo sido arquivado o procedimento, a pedido do Ministério Público Federal, por inexistência de irregularidades. Ademais, flagrante o excesso de prazo, pois a investigação perdura por mais de 7 anos, sem que tenha sido oferecida a denúncia. 2. O trancamento do Inquérito Policial por meio do Habeas Corpus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 3. Na hipótese, a investigação tem objeto idêntico ao de outro Inquérito Policial instaurado no Estado de Tocantins, que, após diversas diligências e auditorias, inclusive da Receita Federal, concluiu pela inexistência de fraude na obtenção ou desvios na aplicação dos recursos do FINAN geridos pela SUDAM pelas empresas geridas pelos pacientes, bem como de que não houve emissão de notas frias, pois os serviços foram efetivamente prestados. 4. Segundo ressaí dos autos, notadamente do relatório do Departamento da Polícia Federal do Maranhão (fls. 82/89) e da própria decisão que não acolheu o pedido de trancamento da Ação Penal, a investigação lá conduzida objetiva esclarecer exatamente a suposta falsificação/apresentação/utilização de notas fiscais emitidas pela empresa HAYASHI e CIA LTDA., em favor da NOVA HOLANDA AGROPECUÁRIA S/A, com a finalidade de justificar despesas, em tese, fictícias, desta última junto à SUDAM, em razão de financiamento anteriormente obtido para a implantação de projeto. Tal questão restou elucidada no anterior IPL do Estado do Tocantins, que, após analisar a mesma documentação, concluiu serem infundadas as suspeitas levantadas contra o projeto Nova Holanda em relação à fraude para obtenção de recursos e desvios em sua aplicação. 5. No caso, passados mais de 7 anos desde a instauração do Inquérito pela Polícia Federal do Maranhão, não houve o oferecimento de denúncia contra os pacientes. É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 08.10.07); entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal. 6. Ordem concedida, para determinar o trancamento do Inquérito Policial 2001.37.00.005023-0 (IPL 521/2001), em que pese o parecer ministerial em sentido contrário. ³⁰⁰

A respeito dos julgados supracitados, contata-se que, em decorrência da omissão da jurisprudência e da doutrina pátrias vem-se defendendo o emprego dos critérios abraçados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. De acordo com o referido tribunal, é concebida

³⁰⁰ STJ - HC: 96666 MA 2007/0297494-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 04/09/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 22/09/2008.

a duração razoável do processo conforme a complexidade da causa, a conduta das partes e a maneira de agir do juiz/autoridades que colaboram no processo. Como exemplo desses julgados apresenta-se ainda um caso em que foi verificada teses de ausência de fundamentação na requisição do parquet para a abertura do inquérito e ausência de justa causa para a investigação, findando em excesso de prazo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR SUPOSTO CRIME DE HOMICÍDIO. INDICIAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. TESES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA REQUISIÇÃO DO PARQUET PARA A ABERTURA DO INQUÉRITO E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE DURA QUASE 7 ANOS. NOTÓRIO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. No caso, o Tribunal de origem, no julgamento do writ originário, em 10/03/2009, entendeu que a requisição do Parquet para a instauração do Inquérito Policial n.º 037-00349/2007, de 30/01/2007, encontra-se devidamente fundamentada, bem como reconheceu, com base nos elementos dos autos, que há justa causa para se iniciar a investigação do crime previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em que os Pacientes, até aquele momento, foram ouvidos, simplesmente, na condição de 'envolvidos', não havendo, sequer, indiciamento formal. 4. Com efeito, impedir que o poder constituído realize a colheita de elementos probatórios na busca da verdade real, constitui-se medida excepcional, não evidenciada, de plano, na hipótese. 5. Por outro lado, tendo em vista que já se passaram quase 07 (sete) anos sem que tenha sido concluído o inquérito, tampouco realizadas diligências que tendam a desvelar a suspeita levantada em face dos suspeitos, notório o constrangimento ilegal contra os Pacientes, a ensejar o trancamento do referido inquérito policial, em razão do evidente excesso de prazo para seu encerramento, sem prejuízo de abertura de nova investigação, caso surjam novas razões para tanto. Precedentes. 6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar o trancamento do Inquérito Policial n.º 037-00349/2007, da 37.^a Delegacia Policial da Ilha do Governador/RJ.³⁰¹

Nota-se um padrão, demonstrando-se que a eventual demora para a instrução probatória pode ser justificada pela complexidade do caso. A fim de que se cumpra o Princípio da Duração Razoável do Processo, o STJ vem adotando medidas que visam à

³⁰¹ STJ - HC: 209406 RJ 2011/0133329-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014.

celeridade processual, sendo que o excesso de prazo não precisa ser tido tão somente com fulcro na soma aritmética dos prazos legais do procedimento, podendo ser dilatado quando a complexidade estabelecer.

Apontam-se, portanto, a necessidade de diligências que demandem mais tempo para a análise e ordenação dos atos como fatores que identificam uma causa como complexa, justificando razoável delonga no procedimento. Desta forma, a fim de que ocorra real cumprimento do Princípio da Duração Razoável do Processo, deve-se analisar a razoabilidade do tempo gasto em cada caso concreto. Não restam dúvidas da necessidade de um Processo Penal mais democrático e digno, que assegure efetivamente os direitos e garantias fundamentais processuais, além de ser julgado em prazo razoável e sem dilações inconvenientes.

Pode-se afirmar que uma devida constitucionalização releitura do inquérito policial produz reflexos no sistema jurídico e impõe a observância de certos princípios imanentes a tal função que, por sua vez, se coligam com a ideia da existência de uma devida investigação criminal corolário da garantia do devido processo legal. Neste tópico trabalharemos que alguns dispositivos da Lei 12.830/13 que disciplinam as investigações criminais conduzidas pelo Delegado de Polícia, devem ser interpretados à luz da Constituição o que gera um conceito de uma devida investigação criminal, vale dizer, consonante com a ideia de que o estabelecimento de regras para investigar tem o objetivo de ser “muro de contenção” do Estado Policial, que não pode promover “devassas” violando direitos fundamentais.³⁰²

3.3 O INDICIAMENTO COMO MARCO PARA O INÍCIO DO “CONTRADITÓRIO POSSÍVEL OU MITIGADO” NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Aqui neste ponto apresentamos uma análise discursiva dos votos efetuados pelos Exmo. Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando da votação do verbete da Súmula Vinculante 14, momento que teceremos algumas considerações. Fez-se uma análise documental de todo o debate travado em 02/02/2009, que foi publicado no DJ 59, divulgado em 26/03/2009 e publicado em 27/03/2009 pela Coordenadoria de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disponível no site do STF. Trata-se de um documento de 82 páginas que, para melhor compreensão do posicionamento amplamente dominante no âmbito

³⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 169.

dos debates e das votações, trouxemos ao trabalho, *ipsi literis*, trechos mais relevantes dos votos utilizados pelos Ministros em seus votos, que esclarecem a questão que se encerrou com a edição do verbete da “Súmula Vinculante 14”.³⁰³ André Luiz Bermudez Pereira assevera que:

Ponto interessante de debate relaciona-se ao direito de citação e ao conhecimento prévio da acusação, ligando-se ao direito ao contraditório e plenitude de defesa, bem como direito à prova. Sendo o procedimento inquisitorial, parte-se da premissa que inexistente direito de defesa na investigação criminal. Tal assertiva mostra-se equivocada, ao menos em parte. É certo que, por não haver uma acusação formal ou mesmo relação processual instaurada, não há a efetiva citação do suspeito. Em verdade, enquanto não advir o ato de indiciamento, não há que se falar em pretensão de defesa, pois carece de indicativo de autoria. Contudo, a partir do ato de indiciamento por parte do Delegado de Polícia, através do qual o Estado formalmente aponta o suspeito do crime, surge ao indiciado uma gama de possibilidades de exercício de defesa, seja exercício endógeno do direito de defesa (nos autos do procedimento, e aqui a defesa assumirá caráter positivo e negativo), seja o exercício exógeno do direito (por intermédio do manejo de remédios constitucionais).³⁰⁴

Conforme afirmado anteriormente, tem-se que compatibilizar os direitos e garantias fundamentais do investigado, sem tornar a investigação criminal ineficaz. Interessante mencionar que essa preocupação consta expressamente no voto no Ministro Carlos Britto que fala em ponderar os direitos e garantias fundamentais individuais, com o que ele denomina de “Justiça penal eficaz”; cita Dworkin e Alexy no critério de ponderação entre princípios:

[...] aqui a matéria é multiplamente constitucional, porque estão em jogo, segundo discussões já travadas, direitos individuais, como o da ampla defesa, exercício da profissão de advogado, investigação criminal mediante abertura de um inquérito policial. Todas essas matérias são de berço, de matriz constitucional, explicitamente... Faço na Turma uma ponderação recorrente, o artigo 144 da Constituição se refere a Segurança Pública qualificando-a como “dever do estado, direito e responsabilidade de todos”. Esta matéria, segurança pública, é entregue a alguns órgãos chamados de “segurança pública”. Esses órgãos, como a Polícia Federal (pelo menos esse) e as Polícias Cíveis dos estados – estas últimas presididas pelo delegado de polícia, atuam mediante abertura de inquérito quando das investigações criminais[...] Quero dizer com isso que, de fato, a Constituição contrabalança a lista de direitos individuais, neles embutido o tema da ampla defesa e do contraditório com o dever do Estado de investigar criminalmente na perspectiva de detectar infrações penais e identificar respectivos autores. É o que a associação nacional dos procuradores da república invoca, citando Manoel da Costa Andrade, professor português, quando, corretamente a meu ver, indica que o Princípio da Justiça Penal eficaz, que podemos extrair do artigo 144 da Constituição Federal, é um vetor necessário de ponderação com os direitos e garantias individuais, também em matéria penal... Nesse ponto, parece-me que são dois princípios que me remetem necessariamente a Dworkin e Alexy... Ou seja, os princípios que colidem, no caso

³⁰³ 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.

³⁰⁴ PEREIRA, André Luiz Bermudez. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: Emals, 2018. p. 144.

concreto, terão que ser aplicados mediante um juízo de ponderação ou otimização [...].³⁰⁵

O voto do Ministro Cezar Peluso foi, de certa forma, emblemático, pois deixou claro que, na prática, o Delegado de Polícia, ao aplicar a súmula, fica autorizado a não dar acesso ao despacho que indique diligências que estão sendo realizadas, não tendo que dar ciência prévia ao advogado, o que comprometeria a investigação. Menciona ainda, que mesmo alguns elementos que já estejam concluídos poderiam ser retirados pelo Delegado de Polícia, quando indicassem a realização de outros futuros e que contraditório aqui obviamente não deve ser entendido no sentido de que a polícia atue junto com os advogados, fazendo uma distinção sobre acesso aos autos do inquérito e acesso aos elementos de prova já coligidos e documentados aos quais os advogados teriam acesso, trabalhando a ideia, já referenciada neste trabalho, de um contraditório possível:

[...] as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso. O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: os elementos já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, que não cerceiem o Estado de nenhum modo no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado. Então ele terá acesso, mas evidentemente a autoridade policial estará autorizada a separar os elementos do inquérito[...] Não é acesso aos autos do inquérito, é acesso aos elementos de prova já documentados, apenas isso.³⁰⁶

Interessante ressaltar aqui a função garantista da polícia judiciária através do Delegado de Polícia, pois, na prática, a ponderação mencionada entre o interesse da investigação, apontada como “justiça penal eficaz” no voto do Ministro Carlos Britto e os direitos fundamentais do investigado deve ser feita pelo Delegado de Polícia na ocasião da concessão do obrigatório acesso por parte do advogado. Isto é, deve analisar quais os documentos apontam para realização de diligências futuras, podendo apartar elementos dos autos do inquérito. Todavia, ressalte-se que, deve agir o Delegado de forma totalmente imparcial e isenta, pois a devida investigação criminal deve buscar a realização da Justiça e não busca de “culpados”, sendo certo que o atuar do delegado, por força constitucional, está submetido a controle externo pelo Ministério Público, bem como suas decisões estão no âmbito de alcance do Judiciário.

Destacamos neste ponto que constitucionalistas estudiosos modernos, como Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto, entendem que a ponderação de interesses

³⁰⁵ BRITO, Carlos. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28jan. 2018.

³⁰⁶ PELUSO, César. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28jan. 2018.

entre normas e princípios constitucionais não é realizada somente pelo Poder Judiciário, ampliando o espectro de aplicação para toda Administração Pública (atos administrativos), Legislativo (Leis) e até mesmo por particulares, vendo nisso inclusive estreita ligação com o princípio democrático.³⁰⁷ Fica evidente por tudo até aqui refletido que a atuação inquisitiva - concentradora de poder, uma investigação sem regras e com direitos mínimos do investigado e um Estado hipertrofiado - é uma atuação que não se coaduna com os direitos e garantias fundamentais e que fere de morte o Estado democrático de Direito. No voto do Ministro Marco Aurélio, após frisar a importância do acesso à defesa, seguiu a afirmação no sentido de que:

Sob o ângulo da legislação, aponto a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIII, que revela o direito a informação, direito, inclusive gratuito, o inciso, LIV, quando ao devido processo legal – e o entendo de forma abrangente; o inciso, LV, e o art. 133 nela contido, relativo à participação do profissional da advocacia para alcançar a almejada Justiça. No tocante ao Estatuto da Ordem, faço alusão aos artigos 6º parágrafo único e 7º, incisos XIII e XIV. Quanto ao Código de Processo Penal, nos artigos 9º e 14º e evoco, o que seria para alguns, obstáculo à aprovação do verbete, mas evoco em outra ótica, que é o artigo 20.³⁰⁸

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, deixou claro que o tema é altamente relevante, e que vinha salientando em várias decisões por ele proferidas no Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se pode ignorar nem transgredir garantias e direitos fundamentais que a Constituição Federal assegura a qualquer pessoa em investigação criminal ou processo penal. Além disso, afirmou o Ministro:

Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, as autoridades públicas, neste país, notadamente àquelas que intervêm nos procedimentos de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar, e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sob o poder do Estado. Nem se diga, por absolutamente inaceitável, considerada a própria declaração constitucional de direitos, que a pessoa sob persecução penal (seja em juízo ou fora dele) mostrar-se-ia destituída de direitos e garantias. Esta Corte Suprema jamais poderá legitimar tal entendimento, pois a razão de ser do sistema de liberdades públicas vincula-se, em sua vocação protetiva, a amparar o cidadão contra eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades emanadas do aparelho estatal... O respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das legislações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público, ou pelo próprio Poder Judiciário.³⁰⁹

³⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

³⁰⁸ AURÉLIO, Marco. **Súmula Vinculante n. 14**. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28jan. 2018

³⁰⁹ MELLO, Celso. **Súmula Vinculante n. 14**. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28 jan. 2018.

Prosseguindo em seu voto, ainda ressaltou vasta doutrina, dentre elas os ensinamentos de Fauzi Hassan Choukr, Ada Pelegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Roberto Maurício Genofre, Paulo Fernando da Silveira, Romeu de Almeida Salles Júnior e Luiz Carlos Rocha, no sentido de que o indiciado é sujeito de direitos e “senhor” de garantias indisponíveis que o Estado não pode desconhecer, devendo os poderes conformarem-se ao que está no Ordenamento Positivo da República, entendendo pela essencialidade do direito de defesa. Em seguida é feita a afirmação de que:

A prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos que sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução do Estado.³¹⁰

Nesse trecho, o Ministro ressalta o “princípio da comunhão da prova”. Aqui colocamos uma pergunta: se o inquérito é realmente unilateral no sentido de ser destinado apenas para preparar a ação penal a ser interposta pelo Ministério Público, qual o sentido de serem juntadas nos autos provas ou indícios que nitidamente favoreçam a defesa? Ou seja, o próprio princípio da comunhão da prova³¹¹ é um indicativo de que a investigação criminal deve ser conduzida com imparcialidade e isenção, sendo certo que na Polícia Judiciária a investigação é presidida pelo Delegado de Polícia, e conforme fora dito anteriormente, tem que guardar compromisso com o Estado de Direito e a Justiça, e não com a acusação ou defesa. O voto do ministro Gilmar Mendes menciona a controvérsia doutrinária já mencionada e faz considerações sobre elas mencionando que:

É certo que a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial é fruto de muita controvérsia. Parte expressiva da doutrina (MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*, Ed. Atlas, 1991, pag.75; e MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v.I, pag.157) e da jurisprudência, c.f RE. 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, 1ª Turma DJ 14/08/1992, entendem ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial uma vez que não se tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio. Orientação mais extensiva é defendida, entre outros, por Rogério Lauria Tucci que sustenta a necessidade da aplicação do princípio do contraditório em todo o período da persecução penal, visando a dar maior garantia de liberdade e melhor atuação da defesa. Afirma Tucci que “a contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um elemento decisivo do processo penal, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal. (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro*, 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Pag. 357-360).³¹²

³¹⁰ MELLO, Celso. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28 jan. 2018.

³¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil.** Lei 13.105/2015. Inovações, alterações e supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015, p. 280.

³¹² MENDES, Gilmar. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28 jan. 2018.

Na sequência de seu voto o Ministro Gilmar Mendes diz que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado para garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito de defesa do indiciado/imputado e regular apuração dos fatos e documentos que sejam imprescindíveis as atividades persecutórias do Estado; afirmou o referido Ministro que:

[...] estamos a consolidar nesta súmula entendimento que confirma, mais uma vez, o firme compromisso deste Tribunal com a efetiva aplicação das garantias dos direitos fundamentais. Não se pode perder de vista que boa aplicação destas garantias configura elemento essencial do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (cf. *Maunz-Durig. Grundgesetz Kommentar. Band I, Munchen: Verlag C.H.Beck, 1990, I.I 18*)... Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo a persecução criminal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1, III da Constituição. Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao respeito e dever de proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.³¹³

Verifica-se na análise que constam no acórdão afirmações relevantes feitas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que apontam no sentido de que a observância dos direitos fundamentais do investigado, bem como a garantia do seu direito de defesa, é matéria constitucional, e os direitos fundamentais, incluindo o contraditório e a ampla defesa, têm que ser assegurados pelo Estado já na fase de investigação, em observância às regras impostas pelo Estado Democrático de Direito assegurado na Constituição Federal de 1988, sob pena de não se violar apenas o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, como também a própria dignidade da pessoa humana.

O verbete da súmula 14 foi aprovado por ampla maioria sendo vencidos os votos dos Ministros Ellen Gracie, que em síntese entendia não ser o tema urgente e de abrangência que mereça uma súmula e que não seria oportuna a edição de uma súmula e que seu teor permaneceria de conteúdo interpretativo, sendo que “uma súmula não pode ficar sujeita a interpretações”³¹⁴, pois a súmula é um instrumento extremamente poderoso com o objetivo principal de estabelecimento de segurança jurídica, e Ministro Joaquim Barbosa, que, apesar de constar nos registros como presente na sessão, não constam no documento analisado as razões de seu voto.

Parece-nos, após a análise documental e discursiva dos votos dos Ministros do STF, que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confirma incidência do

³¹³ MENDES, Gilmar. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28 jan. 2018.

³¹⁴ GRACIE, Ellen. **Súmula Vinculante n. 14.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 28 jan. 2018.

contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, certo que, sendo o Delegado de Polícia a autoridade designada pela Constituição Federal para presidi-lo, é a autoridade responsável por zelar pela concretização dos direitos constitucionais fundamentais do investigado/indiciado, confirmados no referido verbete da Súmula n. 14, bem como pelos demais direitos do indiciado que digam respeito à dignidade da pessoa humana. Como por exemplo, direito ao silêncio, de acesso à família e advogado, de somente ser preso em flagrante ou por ordem judicial (o que por sua vez tem que obedecer a Lei e a Constituição), a proporcionalidade dos atos investigatórios diante dos fatos a serem apurados, notadamente dos meios mais invasivos de investigação que possam atingir a privacidade, direitos de imagem do preso ou investigado, enfim a finalidade de se buscar a verdade com eficiência, todavia com respeito à dignidade da pessoa humana, o que deve ser concretizado através de uma atuação independente e imparcial, afastando-se de um direito repressivo, típico dos Estados autoritários.

Questão mais tormentosa parece então ser como delinear o melhor exercício efetivo desse contraditório possível, mitigado, bem como a possibilidade da defesa reagir, uma vez que os votos dos Exmos. Ministros em suas argumentações, apesar de mencionarem o “contraditório” e a ampla “defesa” na investigação, definiram o verbete no que tange a acesso do advogado aos autos e aos elementos de prova já documentados. Nesse ponto, cabe ainda mencionar que recentemente a Lei n. 13.245/2016 promoveu alteração legislativa dando nova redação ao inciso XXI do artigo 7 do Estatuto da OAB.³¹⁵

O recente dispositivo não diz que o interrogatório é eivado de nulidade absoluta se não houver um advogado assistindo o indiciado/suspeito; fala em “clientes”, ou seja, havendo advogado, caso seja vedado a ele assistir, há nulidade absoluta e contaminação dos indícios e provas que derivarem do interrogatório ou depoimento. Ressalte-se aqui a superação da doutrina que entende não ser possível falar em nulidade no inquérito policial e sim em mera irregularidade, por ser ele apenas uma peça de informação, bem como ressaltar a alínea “a” do referido dispositivo que menciona que no curso da apuração o advogado tem o direito de apresentar razões e quesitos.

Aqui lembramos que o mero fato de ser investigado em um inquérito policial já pode conduzir ao que se chama “penas da investigação”, devido aos efeitos exógenos, exposição ao espetáculo midiático, sendo fato notório que um indiciamento representa um estigma na vida de qualquer pessoa, macula reputações. Uma vez noticiado em um jornal de

³¹⁵ Art. 7. São direitos do advogado [...] XXI – assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta e indiretamente, podendo inclusive no curso da apuração: a) Apresentar razões e quesitos [...].

grande circulação que a Polícia indiciou determinada pessoa, indubitavelmente tal pessoa já passa a ser vista com desconfiança social, com estigmas morais de grandes proporções. Por esse, dentre outros fatores, a Lei 12.830/13, passou a exigir fundamentação expressa por parte do Delegado de Polícia no ato de indiciamento.

Analisando o ato de indiciamento, previsto na referida Lei, à luz da Constituição Brasileira de 1988, verifica-se que o indiciamento é um ato administrativo e como tal deve ter algumas finalidades definidas. Mais evidente é a de servir de instrumento através do qual o Delegado de Polícia que preside a instrução e, portanto, apresenta nesse momento o Estado-investigador, exponha de forma técnica e fundamentada suas razões de convicção sobre a autoria e materialidade delitiva, que sai do âmbito de algo mais abstrato e passa a ser mais concreto, tendo em vista que passa a mirar em pessoa (s) definida (s).

Todavia, qual seria a função de passar de algo abstrato para algo mais concreto, definindo através de um ato administrativo fundamentado a mudança da condição de suspeito para indiciado? Pensamos que em um Estado democrático de direito, não pode e não deve ser visto apenas como um ato punitivo pré-processual que promova os inevitáveis estigmas morais extraprocessuais, tal interpretação é totalmente autoritária e antidemocrática. Nesse ponto, o indiciamento serve como marco para a observância, em maior densidade, da efetividade do contraditório possível e mitigado, bem como da defesa no inquérito policial, uma vez que já estão bem delineados os fatos, a materialidade, bem como apontado expressamente quem foi o autor do fato.

Lopes Júnior e Gloeckner lecionam que “o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas marca também o nascimento de direitos inerentes à ampla defesa e a possibilidade de convencimento das acusações”.³¹⁶ Vale dizer, sob essa ótica constitucional, que o indiciamento se mostra um ato relevante, deixando para traz um viés autoritário da fase preliminar, e assumindo uma feição democrática e acusatória, tendo em vista que tutela os direitos fundamentais do investigado, possibilitando uma defesa mais adequada ainda em sede policial. Pois, sendo um “ato fundamentado”, poderá a defesa desde já na fase pré-processual reagir as principais provas e argumentos do Estado-investigador. Há entendimento que dentro de uma abordagem constitucional, o instituto do indiciamento

³¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva. São Paulo. 2013, p. 435.

deveria ser considerado acima de tudo como “meio de defesa”, pois que um marco a partir do qual o direito de defesa deve ser exercido.³¹⁷

Questão que também merece análise é o momento do indiciamento. Não há exigência legal sobre o momento em que deva ser realizado, examinando a lei, o mesmo deve ocorrer quando o Delegado de Polícia estiver convencido da existência dos elementos de autoria e materialidade, abrindo assim duas possibilidades: uma no momento imediatamente anterior ao do relatório, em que expressará sua convicção e outra já no ato do relatório final, ou seja, indicia ao já expressar sua convicção, a seguir detalharemos ambas:

- a) Ato de indiciamento fundamentado se daria em momento exatamente anterior ao relatório final, oportunizando que a defesa produza elementos de prova que possam alterar ou influir na convicção do Delegado de Polícia e, até mesmo, redefinir possíveis novos rumos para investigação. Essa primeira possibilidade traz a vantagem de, caso o Delegado de Polícia altere ou modifique sua convicção, poderá proceder ao desindiciamento, denominado doutrinariamente como cancelamento ou destituição do ato de indiciamento, que possui o grande benefício de passar a constar nos bancos de dados criminais que o indiciamento foi cancelado. Júnior e Moraes se referem ao desindiciamento como ato que deve ser fundamentado pelo Delegado de Polícia que deve motivar e explicitar os motivos da alteração de convencimento, “seja por questões técnicas ou jurídicas, seja em razão da ciência de novas circunstâncias que afastem a ilicitude do fato ou a culpabilidade do investigado, ou ainda erro quanto à pessoa submetida ao indiciamento”.³¹⁸
- b) Ato de indiciamento ocorreria no relatório final traria que o traria em seu bojo, momento em que poderia ser aberto prazo para defesa tomar ciência do seu conteúdo e se manifestar, Gabriel e Souza mencionam que nesta opção a defesa seria uma espécie de “defesa prévia” que poderá ser levada em conta pelo Promotor de Justiça, que, caso concorde, não deflagrará uma ação penal desnecessária e equivocada. Uma das questões sobre o tema em estudo, que não localizamos por ocasião da pesquisa em nenhuma bibliografia, é como adotar a sistemática do indiciamento como marco para o exercício do contraditório possível e da defesa na investigação policial, quando a

³¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva. São Paulo. 2013, p. 435.

³¹⁸ PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 79.

autoridade policial estiver diante de elementos que entenda suficientes para a representação da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Tal questão não nos parece tão simples, uma vez que é incoerente que um Delegado de Polícia represente pela prisão preventiva de alguém sem que esse alguém seja o indiciado, ou seja, sem que se tenha partido de um juízo de mera possibilidade para uma probabilidade mais palpável e concreta sobre a autoria e a materialidade.

Conforme mencionamos acima, pensamos que o contraditório é o “possível”, então, expressamos opinião no sentido de que o Delegado de Polícia indiciar e dar ciência ao investigado de que representará pela sua prisão poderia ter o efeito, no caso concreto, de prejudicar o término das investigações e até mesmo prejudicar o exercício da justiça criminal, tendo em vista que os pressupostos da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP somente devem ser invocados em caso de extrema necessidade a ser demonstrada na representação da autoridade policial.

Neste caso, entendemos e propomos que o indiciamento ainda tem muita relevância, no sentido de que, ao se deparar com elementos suficientes de autoria e materialidade apontando para o fim das investigações, o Delegado de Polícia deve fazer um juízo valorativo sobre a necessidade ou não de representar pela prisão cautelar preventiva. Em caso de necessidade, efetua o indiciamento no corpo da representação, sendo a mesma o relatório final. Caso entenda pela desnecessidade da representação, por não estarem presentes os pressupostos da preventiva, e deve partir desse raciocínio como regra, uma vez que a prisão cautelar é exceção, deve promover o indiciamento e intimar a defesa para ter ciência de todo lastro colhido e oferecer defesa caso deseje. Sendo o artigo 14 do CPP de grande utilidade nesse momento, uma vez que, inclusive, se refere à expressão “indiciado”, podendo ser entendido o ato de indiciamento definido na Lei n. 12.830/2013 como um marco inicial do contraditório possível a ser indiciado na investigação policial.

Ressaltamos, por fim, que tramita no Congresso Nacional, o projeto de Lei n. 366 de autoria do Senador Roberto Rocha, com o objetivo de alterar o código de processo penal, deixando ainda mais expresso o contraditório e a participação da defesa no inquérito policial o qual reproduzimos abaixo com sua justificação. Interessante destacar que o projeto menciona o “direito a vista” para apresentar razões a partir do indiciamento; sendo assim, o indiciamento previsto no artigo 2, §6 Lei 12.830/13 seria uma espécie de marco para o defensor do acusado poder tomar nota e requerer diligências, falando inclusive em suspensão do prazo do inquérito.

Beccaria, em sua obra clássica, *Dos Delitos e Das Penas*, já advertia que: “Não há liberdade toda a vez que as leis permitem que em alguns eventos o homem deixe de ser pessoa e passe a ser coisa”³¹⁹. O indivíduo não pode ser “coisificado” na investigação, sendo demonstrado na pesquisa aqui realizada que grande parcela da doutrina processual penal parece não ter feito a devida “constitucionalização releitura” sobre o tema, repetindo de forma equivocada afirmações da doutrina clássica da década de 1950.

3.4 A FUNÇÃO DE CONTENÇÃO E O DELEGADO DE POLÍCIA INSERIDO COMO DISPOSITIVO DEMOCRÁTICO NO APARELHO POLICIAL DO ESTADO

Um dos reflexos importantes a ser analisado é o cargo de Delegado de Polícia, uma vez que há expressa referência constitucional a ele no artigo 144, §4, da Constituição Federal, bem como em diversos dispositivos do código de processo penal, legislações processuais penais e na Lei 12.830/13 que regula a investigação por ele conduzida.

Como já fora referenciado, a importância da análise aumenta na medida em que, no Brasil, o cargo é privativo para bacharel em direito, após aprovação em concurso jurídico específico para o cargo, ocupando posição de chefia nas polícias investigativas. Não é novidade que o cargo deve ser ocupado por bacharel em direito, todavia com a exigência constitucional obrigatória da assunção de cargos públicos apenas após a aprovação em concursos públicos no artigo 37, II, há uma releitura que deve ser feita sobre a importância e relevância do cargo, notadamente em um Estado Democrático de Direito.

Entender o papel do Delegado de Polícia dentro da Polícia Judiciária nos tempos atuais depende de se compreender a evolução cultural e política da própria Polícia e suas funções em um Estado democrático. Hodiernamente, o Delegado de Polícia deve ser visto como o cargo ou o profissional que exerce a função de dispositivo³²⁰ democrático inserido no aparelho policial, sendo a Polícia Judiciária um filtro de acusações infundadas e o Delegado de Polícia, como carreira jurídica, o gestor do cumprimento da legalidade e da observância dos direitos individuais durante a atividade investigativa e das funções de Polícia judiciária.

Aqui ressaltamos o caráter híbrido do cargo de Delegado de Polícia. Desempenha a atividade policial da Polícia Judiciária, preside as investigações e chefia os procedimentos e a instituição, bem como é carreira jurídica de Estado, devendo ser bacharel em Direito,

³¹⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

³²⁰ AGAMBEN, Giorgio. What is a destituent power?. **Environment and Planning D: Society and Space**, v. 32, n. 1, p. 65-74, 2014, p. 29.

aprovado para concurso público específico, sendo sua atividade também técnico-jurídica, como assim, bem o define o artigo 2º da lei 12.830/13: “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”.³²¹

A releitura constitucional do cargo atribuindo-lhe o caráter híbrido é a que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que, se é inegável que a polícia realiza as razões de Estado no sentido de se buscar levar criminosos aos Tribunais através da atividade policial, não é menos inegável que isso somente é feito de forma adequada se forem observadas as garantias legais e constitucionais. Observado o princípio da legalidade no sentido de que os atos investigatórios somente podem ser realizados na forma da lei, previamente estabelecida. Bem como cabe ao Delegado de Polícia o zelo estrito pelos direitos individuais durante a realização da atividade policial, funcionando como dispositivo democrático e de contenção dentro do Estado-investigador, que não pode realizar a persecução criminal de forma desmedida e sem regras a fim de buscar culpados. Barbosa faz o seguinte alerta quanto a essa espetacularização midiática:

[...] os dramas viraram mercadorias de consumo e as garantias constitucionais no processo, que deveriam ser efetivadas por aqueles órgãos, se transmutaram em obstáculos para a aquisição desse novo produto, diante do mercado da justiça midiática eminentemente de lógica utilitarista [...] transformando garantias fundamentais em mercadorias em um grande “shopping humano”, onde tudo é comprável, vendável permutável.³²²

Casara reforça que há uma verdadeira indevida corrosão das garantias constitucionais no processo penal, em prol do desejo pela audiência, pelo entretenimento:

[...] No processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais. O espetáculo, como percebeu Debord, “não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo”. A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão do entretenimento. [...] Para seguir o programa e atender ao enredo, construído a partir de um “desejo de audiência”, a lei pode ser afastada. O espetáculo aposta na exceção: o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente; os direitos e garantias fundamentais [...].³²³

Essa função, de dispositivo democrático inserido no Estado-investigador, como filtro de contenção do poder Estatal fica ainda mais latente na atribuição que possui o Delegado de Polícia na lavratura das prisões em flagrante, através do auto de prisão em flagrante. A regra no Estado Democrático de Direito é a liberdade, sendo a prisão à exceção, o

³²¹ BRASIL. **Lei nº. 12.830 de 20 de Junho de 2013**. Brasil, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 08/07/2018.

³²² BARBOSA, Ruchester Marreiros; *et al.* **Investigação Criminal Pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2016. p. 7.

³²³ CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espectáculo** – Ensaios Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. Empório do Direito, 2015. p. 12.

direito fundamental de liberdade de locomoção encontra-se veiculado no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição da República, nos seguintes termos: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei”,³²⁴ vale dizer, a regra é a liberdade e as exceções são as prisões por ordem judicial e a prisão em flagrante. Deve-se entender que a liberdade:

[...] é incessante, contínua, tanto que só pode ser restringida nas remotas permissões legais, por autoridade judiciária, que seja competente para expedir o mandado e que a ordem seja fundamentada. O Estado Democrático de Direito exige do magistrado a interpretação e o obriga a apontar fatos, indícios e preceitos legais em que se baseou para prolatar sua decisão”, descabendo ‘decretar a prisão temporária sem estar presentes de forma conjunta os requisitos do art. 1º, incisos I e III ou II e III da Lei n. 7.960/89’.³²⁵

O sistema constitucional brasileiro atribuiu a função de polícia ostensiva às Polícias Militares nos Estados. Segundo o art.144, §5º, da Constituição Federal de 1988, a Polícia Militar tem como missão constitucional o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.³²⁶ Fato que realça ainda mais a importância da função do Delegado de Polícia como dispositivo democrático, o fato de que a polícia ostensiva possui estrutura militarizada. Embora não seja possível neste trabalho fazer reflexões mais longas sobre o tema, é oportuno lembrar que não há como se dissociar um ponto imprescindível da atual estrutura policial, ou seja, a militarização da instituição encarregada pelas ações da primeira parte do ciclo policial, a qual pode ter sido “benéfica” em determinado momento da história (não existem dados científicos a esse respeito), mas hoje não é, em nossa análise, o modelo de estrutura mais adequado, não querendo dizer que esse sistema seja totalmente inoperante, mas sim que ajustes são necessários para acompanhamento da dinâmica social. Aqui reside um paradoxo, pois a Polícia Militar, com estrutura militarizada, desempenha função de natureza civil.³²⁷

Quando se fala em Estado de Direito, deve haver uma clara diferenciação entre Segurança Pública e Segurança Nacional. A Segurança Pública é promovida precipuamente pelas Polícias como função civil, e a Segurança Nacional como função militar das forças armadas. Uma Polícia militarizada desempenhando funções civis, mas sujeita às normativas e

³²⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2018.

³²⁵ STJ, HC n. 134977/RS, Rel: Ministro Jorge Mussi, DJ 15/03/2010.

³²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2017.

³²⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

a Tribunais militares próprios, é um legado autoritário previsto na Constituição de 1988.³²⁸ A militarização do controle social é típica de Estados autoritários. O policiamento cidadão não deve ser confundido com táticas de guerra, nem com o doutrinamento militar que possui conceitos próprios e particularizados.

O pensador filósofo prussiano Carl Phillip Gottlieb von Clausewitz, que ocupou o cargo de General, em sua obra “da Guerra”, em alemão “*Von Kriege*”, citado por Silva, define estratégia militar como o emprego de batalhas para obter o fim da Guerra. Estratégias militares se baseiam em um tripé: a preparação das táticas militares, a aplicação dos planos no campo de batalha e a logística envolvida na manutenção do exército.³²⁹ Nesse contexto, militarização representa o emprego de modelos, conceitos e, acima de tudo, práticas militares de guerra em atividades de natureza policial, conferindo assim natureza bélica às questões de segurança pública.

Vemos, portanto, mesmo nesta leitura preliminar, que militarização não se restringe ao uso de farda, de armas ou a existência de hierarquia e disciplina. A doutrina militar tem conceitos de extermínio e total neutralização no que tange ao combate ao inimigo (que em termos de policiamento são os infratores penais). A política de segurança, nessa lógica militarizada, transforma-se em tática de guerra, e os órgãos policiais passam a atuar segundo paradigma bélico.

Conceitos de difícil compatibilização do que venha a ser um modelo de Polícia preconizado pelo Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição de 1988. Logo, sendo a polícia ostensiva com estrutura militarizada, suas ações e prisões devem ser controladas com rigor à luz da Constituição Federal, à observância das normativas penais, processuais penais e Constitucionais, notadamente o respeito aos direitos humanos e direitos individuais previstos nos diversos incisos do artigo 5º da Constituição de 1988.³³⁰ Excelente conceito de poder de polícia está no Código Tributário Nacional, mais precisamente no 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 a 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

³²⁸ ZAVERUCHA, Jorge. Relações Civil-Militares: o Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O Que Resta da Ditadura: a Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

³²⁹ SILVA, Júlio Cesar Dolce, Os Conceitos de *Clausewitz* Aplicados aos Estudos Estratégicos do Mundo Contemporâneo. **R. Esc. Sup. Guer.**, Rio de Janeiro, Ano XIII, no 36, 1998.

³³⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2018.

tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.³³¹

Em definição simplista, nada mais é, que o poder do Estado de invadir e limitar certas garantias e direitos individuais quando o interesse público (razões de Estado) prevalecer sobre o interesse particular. O princípio da Legalidade é princípio basilar da Administração Pública fincado constitucionalmente no art. 37 da CRFB.³³² Tal princípio se aplica de forma diferente em relação ao particular. Enquanto, o particular pode fazer tudo que a lei não veda, a administração pública somente pode fazer o que a Lei expressamente permite. Daí o motivo da importância da sequência de controles e filtros de legalidade, uma vez que todos os atos sofrerão controles preliminares e sucessivos, evitando-se arbítrios. Há uma estreita ligação, nos regimes democráticos, entre o poder de polícia e o princípio da legalidade, uma vez que o exercício do poder de polícia somente poderá ser exercido quando pautado pela legalidade; quando for extrapolado, haverá abuso de poder. O sistema legal é que define a competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato de polícia que é um ato administrativo. De tal modo, se o ato for praticado, por exemplo, por órgão incompetente ou com desvio de finalidade, será um ato ilegal, uma arbitrariedade.

Assim sendo, a existência de sucessivos filtros de legalidade é uma garantia constitucional das pessoas em relação aos atos praticados pela Administração. Isto é, a verificação técnica de que determinado ato foi praticado nos ditames legais e, sendo assim, a pessoa foi privada de seu direito fundamental legalmente em detrimento do interesse público, chegando-se a conclusão de que não houve arbítrio. Em um Estado Democrático de Direito, com histórico de ditaduras recentes como o Brasil, em que as forças policiais serviram ao regime autoritário e a polícia ostensiva permanece militarizada, é de suma importância o Delegado como carreira jurídica, uma vez que fará um juízo preliminar imediato de legalidade de toda a ação policial que comanda, bem como dos fatos que lhe forem apresentados pela Polícia Militar. Juízo este que será controlado e revisado posteriormente pelo Ministério Público e pelo Judiciário.

Há relação estreita também entre princípio da legalidade, poder de polícia e controle de legalidade. Vale dizer, o Estado, através das Polícias, fiscaliza exercícios de direitos individuais, sempre que estes estiverem afetando o interesse coletivo e, no caso das polícias de segurança, fazendo o que a lei não permite e caracteriza como crime ou

³³¹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasil, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em 16/11/2018.

³³² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2018.

contravenção, o Estado de imediato ou após investigação restringe o exercício de tal direito em prol da coletividade (razões de Estado). Todavia, em tal atitude fiscalizatória, devem as Polícias se pautarem na forma da Lei e, acima de tudo, observando os direitos constitucionais daqueles que são alvos de suas ações. Daí a necessidade de “controles externos”.

Ademais, é necessário o controle de legalidade também sobre o ato praticado pelo indivíduo no sentido de se confirmar se ele realmente contrariou uma norma penal incriminadora. Tal juízo é feito inicialmente pelo Delegado de Polícia: é o denominado “juízo de tipicidade”, que nada mais é que o enquadramento do fato apresentado às normas incriminadoras, mas que hoje se encontra mais expandido do que já fora no passado, não se limitando apenas à tipicidade formal, como também à tipicidade material e a todo o ordenamento jurídico no sentido de se verificar se há compatibilidade da prisão com o sistema jurídico e se foram respeitados os direitos do conduzido/preso.

Assim sendo, fica fácil enxergar o controle externo imediato sobre os atos da Polícia Militar. Reparemos que, na prisão em flagrante, o fato é apresentado ao Delegado de Polícia que deve fazer análise jurídica se o fato é típico, se é legalmente uma situação flagrancial, prevista no art. 302 do CPP³³³, o que por sua vez exige conhecimento doutrinário e jurisprudencial e, acima de tudo, se a atuação dos policiais militares ocorreu na forma da lei em respeito ao princípio da legalidade e da Constituição, inclusive com a observância dos direitos do indivíduo que foi alvo das razões de Estado. Vale dizer, verificar as circunstâncias de sua prisão, ocorrência de possível tortura, violação a integridade física e garantir todos os direitos constitucionais assegurados já na fase policial.

Não é concebível que pessoas sem formação jurídica, não aprovadas em um concurso público específico, analisem fatos juridicamente, ainda mais quando tal análise é uma garantia do cidadão de que está sendo privado de um direito fundamental, privado de sua liberdade quando é preso, na forma da Lei, que não engloba meramente uma interpretação de subsunção do fato a norma (tipicidade formal) e sim toda uma gama de conceitos e princípios constitucionais, penais e processuais penais. Nesse sentido, são válidas as reflexões de Juan-Luis Gómez Colomer no sentido de que deveríamos avançar ainda mais no que tange à Polícia Judiciária:

[...] Acima de tudo, deveria ser criada legislativamente, uma efetiva polícia judiciária, com este ou qualquer outro nome equivalente. Por Polícia Judiciária, entendo uma Polícia verdadeiramente autônoma com relação a Polícia administrativa e aos outros tipos de Polícia, portanto não subordinada ao Poder Executivo e a serviço exclusivo da Justiça Penal. O organismo de *Investigación*

³³³ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasil, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em 16/11/2018.

Judicial da Costa Rica, devido ao que foi exposto pelo relatório nacional, poderia ser um bom exemplo de começo.³³⁴

Com o objetivo de maior controle e respeito dos atos policiais às leis, a Constituição e em consonância com os direitos humanos, Colomer possui entendimento no sentido de que:

[...] O modelo policial deve incidir especialmente neste aspecto, que se traduz em propiciar uma excelente formação jurídica aos membros da Polícia Judiciária, incluindo cursos de reciclagem periódicos, principalmente de explicação da jurisprudência que os respectivos Supremos Tribunais estejam formando sob aquele aspecto.³³⁵

Nessa esteira, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello afirmou que o Delegado de Polícia, carreira à qual a Constituição da República Federativa do Brasil atribuiu a função de dirigir à Polícia Judiciária, é o “primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”.³³⁶ Avena, sobre o tema do Delegado de Polícia enquanto carreira jurídica, bem observa que:

O art. 2º da L. 12.830/2013 estabelece que “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”. Tal previsão fulminou o entendimento que decorria da interpretação literal do art. 144 da CF, que sustentava não serem jurídicas tais funções, mas tão somente atividades de segurança pública. E está correto isto, pois os atos que compreendem a investigação criminal, direta ou indiretamente, são disciplinados por leis que inserem regras jurídicas, como é o caso do CPP. Além disso, em determinadas hipóteses, a atuação do delegado condiciona-se a prévio pronunciamento judicial, a exemplo da busca e apreensão domiciliar, da quebra do sigilo telefônico, bancário e fiscal, da apuração da insanidade mental do investigado etc. Por fim, acrescente-se o fato de que o art. 3º da L. 12.830/2013 refere que o cargo de delegado é privativo de bacharel em Direito, devendo-se a ele dispensar o mesmo tratamento protocolar conferido aos magistrados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e advogados. *E qual a consequência dessa natureza jurídica das funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais?* A consequência é que restou afastada aquela ideia de que a autoridade policial verifica apenas a tipicidade formal (adequação do fato à norma incriminadora), podendo, então, adentrar em aspectos relacionados à tipicidade material, afastando-a, por exemplo, a partir do princípio da insignificância e do princípio da adequação social. Hoje, entende-se, enfim, que, sendo a atividade do delegado jurídica, pode, inclusive, deixar de indiciar se constatar excludentes de ilicitude, de tipicidade ou culpabilidade (salvo a inimizabilidade). O delegado, então, pode verificar se há ou não crime sob todos os seus elementos.³³⁷

³³⁴ COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS Kai (coord.). **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 97.

³³⁵ COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS Kai (coord.). **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 105.

³³⁶ STF, HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/06/2012.

³³⁷ AVENA, Norberto. **Natureza Jurídica da Atividade do Delegado de Polícia**. Brasil, 2017. Disponível em www.norbertoavena.com.br. Acesso em 06/10/2018.

Em recentíssimo artigo intitulado “Delegado Pode e Deve Aferir Convencionalidade das Leis”, Castro e Barbosa sustentam, inclusive, que cabe ao Delegado de Polícia, como carreira jurídica e função essencial à justiça:

Dominar o ordenamento jurídico não apenas nacional, mas também internacional. Isso engloba, portanto, tanto as normas constitucionais (incluindo tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional — artigo 5º, §3º da CF) quanto as normas infraconstitucionais, sejam supralegais (tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem quórum de emenda constitucional) ou legais (leis e tratados internacionais em geral).³³⁸

Acredita-se que com a Lei 12.830/2013 colocando o Delegado de Polícia como uma carreira jurídica, portanto, devidamente empoderado para fazer juízos de valoração pode aplicar o princípio da insignificância e, como garantidor dos direitos fundamentais e da legalidade pode evitar encarceramentos desnecessários, podendo contribuir nesse sentido para redução do “superencarceramento”, que já é demonstrado como ineficiente na função principal da pena que é a de ressocialização. Cabe destacar o posicionamento de Soares e Souza³³⁹ sobre os prejuízos trazidos pelo atual sistema carcerário, em que a ressocialização é utópica, ensejando, na verdade, um etiquetamento neutralizante dos alvos preferenciais do poder punitivo.

Frise-se que o Brasil, ao tornar-se signatário de um tratado internacional, deve se submeter às normas constantes no tratado, elemento essencial para caracterização de um Estado de Direito, promovendo assim um redimensionamento no princípio da legalidade, no sentido de que este passa a abranger também normas internacionais que devem ser observadas pelo Estado brasileiro. Promovendo, de certa forma, uma configuração do Ordenamento Jurídico onde estão incluídas e devem ser observadas as normas internacionais. Como bem menciona Mazzuoli,³⁴⁰ cabe ao Delegado de Polícia inclusive fazer controle de convencionalidade em suas interpretações jurídicas, tendo em vista sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Em suas palavras:

Certo, portanto, é que tanto a Polícia Federal quanto a Polícia Civil têm o dever de aplicar as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no exercício de suas funções, da mesma forma que também devem destinar aos cidadãos (investigados, detidos etc.) todas as garantias estabelecidas pela Constituição Federal. Assim, não há dúvida ter a Polícia Judiciária papel importante a desempenhar na defesa dos direitos humanos, à luz

³³⁸ BARBOSA, Ruchester Marreiros; CASTRO, Henrique Monteiro de. **Delegado de Polícia Pode e Deve Aferir Controle de Constitucionalidade das Leis**. Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/academia-policia-delegado-aferir-convencionalidade-leis>. Acesso em 13/11/2017.

³³⁹ SOARES E SOUZA, Taiguara Líbano. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio, p. 105.

³⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 463.

tanto da Constituição Federal quanto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. [...] A Polícia Judiciária não só pode como deve aferir a convencionalidade das leis no caso concreto, sugerindo que sejam invalidados os dispositivos legais que violem tratados de direitos humanos em vigor no Estado ou o bloco de convencionalidade (costumes internacionais relativos a direitos humanos, sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos etc.). Poderá o Delegado de Polícia, assim, detectar a inconventionalidade de norma interna que inviabilize, v. g., a efetivação de uma garantia amparada pelo sistema internacional de proteção de direitos humanos.³⁴¹

Assim, entende-se que, com o Constitucionalismo, em sua vertente como força limitadora de poder, e, com a constitucionalização releitura proposta por ele, é perfeitamente possível reavaliar conceitos a fim de amoldá-los à realidade de um Estado Democrático de Direito efetivo. Notadamente, o conceito do inquérito policial, afinado com um novo paradigma garantista de coibir abusos do Estado contra acusações infundadas, invasões indevidas na vida dos particulares, e espetacularizações, bem como na releitura das funções do Delegado de Polícia, que não pode ser visto apenas como uma autoridade policial que ratifica e realiza as razões de Estado em desfavor do indivíduo no exercício do poder de polícia, e sim como uma carreira híbrida, jurídico-policial, mas, sobretudo jurídica. Pois, embora exerça as razões de Estado através do seu mister, jamais pode se distanciar como carreira jurídica que é, do princípio da legalidade, da aferição de constitucionalidade, do respeito aos direitos e garantias fundamentais, dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana como valor axiológico central e até mesmo das normas internacionais de direitos humanos, de todos os envolvidos, inclusive e principalmente do conduzido preso/indiciado, que é aquele sobre o qual recai com força as razões de Estado. Souza Neto cita nesse âmbito o que chama de Polícia Democrática, entendendo que:

A polícia democrática não discrimina, não faz distinções arbitrárias: trata os barracos nas favelas como “domicílios invioláveis”; respeita os direitos individuais, independentemente de classe, etnia e orientação sexual; não só se atém aos limites inerentes ao Estado democrático de direito, como entende que seu principal papel é promovê-lo. A concepção democrática estimula a participação popular na gestão da segurança pública; valoriza arranjos participativos e incrementa a transparência das instituições policiais. Para ela, a função da atividade policial é gerar “coesão social”, não pronunciar antagonismos; é propiciar um contexto adequado à cooperação entre cidadãos livres e iguais. O combate militar é substituído pela prevenção, pela integração com políticas sociais, por medidas administrativas de redução dos riscos e pela ênfase na investigação criminal. A decisão de usar a força passa a considerar não apenas os objetivos específicos a serem alcançados pelas ações policiais, mas também, e fundamentalmente, a segurança e o bem-estar da população envolvida.³⁴²

³⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 464-469.

³⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988**: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas 2009, p. 5-6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>. Acesso em: 30/04/2018.

Dessa forma, com o inquérito policial impregnado por características inquisitórias, a releitura constitucional faz-se fundamental, vista que sem uma adequada hermenêutica processual penal constitucional, no que tange a investigação policial, a Constituição tem sido uma “constituição simbólica”. No que se refere às investigações policiais e sua constitucionalização, que são objeto do presente estudo, é relevante ressaltarmos o contido no art. 2º, §4º e §5º, da Lei n. 12.830 de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia:

Art. 2. 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. [...] § 4. O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. § 5. A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.³⁴³

Ressalta-se que parte da doutrina processual penal reconhece nestes dispositivos acima a previsão legal para o princípio do delegado de polícia natural no §4º e da inamovibilidade relativa do delegado de polícia no §5º. Nesse sentido, comentando os dispositivos acima referenciados, assim se posicionam Távora e Alencar:

[...] o parágrafo 4º, de seu artigo 2º, que suscita a ideia de um princípio do delegado natural, na esteira noção mais geral de um princípio da autoridade natural (juiz natural, promotor natural e defensor natural). Conquanto haja resistências da jurisprudência e da doutrina majoritária em admitir tal princípio do delegado de polícia natural, entendemos que já se trata de princípio positivado no sistema. [...] Corolário do princípio do delegado natural é a imposição de limites à remoção da autoridade policial, que só poderá ocorrer por ato fundamentado (parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei 12.830/2013).³⁴⁴

Fazendo um recorte no artigo da constituição que se refere às Polícias Cíveis, destacamos a virtude constitucional da existência do princípio do delegado natural como corolário do princípio da devida investigação criminal, implícito no devido processo legal, uma vez que a Constituição Federal no art. 144, §4º, diz que incumbe ao Delegado de Polícia dirigir as polícias cíveis.³⁴⁵ O mencionado dispositivo constitucional deve ser visto sob duas óticas: a primeira é que cabe ao Delegado de Polícia dirigir o órgão Polícia Civil, isto é, o chefe de polícia deve ser um Delegado de carreira; a segunda, é que a função de apurar as infrações penais deve ser presidida pelo Delegado de Polícia, sendo tal função instrumentalizada através do inquérito policial ou do termo circunstanciado previsto na Lei n.

³⁴³ BRASIL. **Lei nº 12.830 de 20 de Junho de 2013**. Brasil, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 08/07/2018.

³⁴⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. Salvador: JusPodivum, 2015, p. 118.

³⁴⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2018.

9099/95 para infrações de menor potencial ofensivo, que é referido na lei 12.830/13 como “ou outro procedimento previsto em lei”, conforme disposto no artigo 2, § 1º da referida lei, o que abrange, ainda as verificações de procedências das informações, como por exemplo “disque-denúncia” e notícias apócrifas sem elementos mínimos.

É na ótica do Delegado de Polícia como dirigente, presidente do inquérito policial e do termo circunstanciado, que a Lei n. 12.830/13 traz o princípio do delegado natural e sua inamovibilidade relativa. Isto é, além de ser um direito fundamental do indivíduo, ser somente investigado pelo Estado por órgão com atribuição constitucional, no que tange à Polícia Judiciária e à investigação criminal, essa investigação deve ser presidida por um Delegado de Polícia natural, imparcial e inamovível de forma relativa. O princípio do Delegado natural em verdade apresenta uma dupla face. Uma que visa preservar a lisura e o prosseguimento das investigações, independente de quem, e a que interesses elas atinjam, ainda que das classes com maior poder econômico e conseqüentemente, com maior penetração política. Sob esse prisma, visa proteger a investigação policial das ingerências políticas e dos interesses dos mais poderosos.

Caso um Delegado de Polícia esteja investigando membros de classes econômicas ou politicamente poderosas, nos crimes mais diversos, inclusive os de corrupção e os econômicos, não se pode simplesmente retirar o Delegado da presidência das investigações avocando o procedimento (para um superior hierárquico) ou redistribuindo para outro (de mesma hierarquia). A lei impõe restrições, quais sejam: por despacho fundamentado e razões de interesse público e inobservância de procedimentos que prejudiquem a eficácia da investigação.³⁴⁶ Esse é o entendimento de Cabette e Sannini Neto que citam, ainda, Rodrigues da Silva:

[...] O § 4º do artigo 2º, da Lei, constitui uma garantia para o delegado de polícia, mas, antes de tudo, é uma garantia da sociedade, contra eventuais manipulações na fase investigatória. [...] o que, sem dúvida, representa um avanço em busca da consolidação da independência funcional do delegado de polícia, fomentando, ainda, o princípio da imparcialidade do Estado-Investigador. Não é outro o entendimento de Rodrigues da Silva ao afirmar que com tais medidas, a investigação ganhará agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o delegado de polícia não sofrerá intervenções escusas na condução do inquérito policial ou do termo circunstanciado.³⁴⁷

Ao destacar a dupla face do Princípio do Delegado natural e já tendo apresentado a primeira que é a proteção contra ingerências externas e interesses políticos e econômicos,

³⁴⁶ CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. SANNINI NETO, Francisco. **Estatuto do Delegado de Polícia Comentado**: Lei n.12830, de 20 de junho de 2013, Rio de Janeiro. Ed. Processo, 2017, p. 143.

³⁴⁷ CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. SANNINI NETO, Francisco. **Estatuto do Delegado de Polícia Comentado**: Lei n.12830, de 20 de junho de 2013, Rio de Janeiro. Ed. Processo, 2017, p. 143.

em regra dos mais abastados, pode-se dizer que a outra face diz respeito ao indivíduo que tem a garantia de que, uma vez investigado, o será por uma autoridade imparcial, não colocado *ad hoc*, especificamente, para investigá-lo com o interesse predefinido que não seja a busca da autoria e da materialidade, a busca da verdade possível. Vale dizer, reconstruível dentro dos parâmetros constitucionais e legais, através de uma investigação que respeite os direitos individuais e que seja feita na forma da lei e em obediência aos limites constitucionais.

Tal face é fundamental, uma vez que, em tempos atuais, tem-se visto como uma verdadeira característica de um Estado Policial em pleno Estado Democrático de Direito, o deslocamento da esfera judicial para esfera policial no que tange ao sensacionalismo midiático. Que além de exigir respostas imediatas, faz com que o próprio governo pressione as autoridades policiais, o que muitas vezes gera injustiça e surgimento de “bodes expiatórios” com objetivo de atender a sanha midiática e acalmar os ânimos.

Assim, em nome de um efficientismo forjado, garantias constitucionais são violadas; dentre elas a presunção do estado de inocência, com presos - muitas vezes ainda nem denunciados - sendo apresentados como “prêmios” em banners institucionais, o que traz prejuízos irreparáveis, que são potencializados nos dias de hoje, uma vez que, mesmo que haja absolvição posterior na fase judicial, o dano à honra, nome, imagem e privacidade está amplamente consolidado. Basta uma simples pesquisa em um site de buscas na rede mundial de computadores e toda a informação, inclusive as imagens, estão lá registradas de forma globalizada. Desse modo, a função primordial do Delegado natural em um Estado de Direito é, dentre outras, a de conter o espetáculo ao invés de promovê-lo para atender interesses estatais. Ele atua como garantidor de direitos fundamentais em face de um interesse estatal de atender interesses midiáticos, sendo sua inamovibilidade relativa um corolário dessa garantia, pois caso contrário, ao invés de avocar ou redistribuir a investigação, bastaria remover o delegado para outra unidade, colocando outro em seu lugar. Perazzoni, sobre a natureza da função do Delegado de Polícia no Estado democrático brasileiro, assevera:

[...] Não se trata por assim dizer de um policial-jurista (ou seja, um servidor policial cuja exigência mínima de ingresso na carreira seja a posse do diploma de Direito) e sim de um jurista-policial, uma autoridade pública, cuja atribuição legal é eminentemente jurídica, mas que, por acertada opção legislativa e constitucional, deixou de integrar a carreira da magistratura para tomar assento no âmbito da própria instituição policial, como um sujeito autônomo e distante da futura relação processual, imparcial, em plena consonância com um sistema jurídico verdadeiramente acusatório.³⁴⁸

³⁴⁸ PERAZZONI, Franco; BEZERRA, Clayton da Silva, AGNOLETTI, Giovanni Celso. **Inquérito Policial Doutrina e Prática (A Visão do Delegado de Polícia)**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 32.

José Afonso da Silva, ao correlacionar a importância da legalidade e observância das normas pelo próprio Estado no Estado Democrático de Direito, afirma que:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito Clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.³⁴⁹

Apesar de todo o exposto, realidade fática de uma estrutura vertical hierarquizada de sociedade, em que o poder punitivo é constantemente invocado de forma seletiva e utilizado como controle social da pobreza e instrumentalizado em função das razões de Estado, torna-se uma tarefa difícil para Delegado de Polícia enxergar o papel que deve exercer em um Estado Democrático de Direito. E o que é pior, muitas vezes ele enxerga, mas não atua de tal forma, uma vez que praticamente todo suporte doutrinário e jurisprudencial ainda não efetuaram a devida constitucionalização releitura de suas funções, o que vem ocorrendo aos poucos, sendo para ele um risco profissional agir de forma contramajoritária. Todavia, mesmo assim, pensamos ser indeclinável que o mesmo se posicione e aplique, na sua prática, posições em consonância com o Estado democrático de Direito, caso contrário, não fará jus ao recente reconhecimento legislativo como “carreira jurídica” dado pela Lei n. 12.830/13.

³⁴⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 23.

CONCLUSÃO

Após passados cerca de 30 anos, somente neste momento surgem julgados, vozes doutrinárias e acadêmicas, ainda minoritárias, no sentido da necessidade do reconhecimento da natureza democrática da investigação policial que deve ser conduzida nos moldes das normas legais, mas sobretudo em consonância com a Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito. Importante destacar o surgimento de movimento intelectual dentro da própria polícia judiciária através dos delegados de polícia, que estão em busca de aprimoramento teórico e acadêmico no sentido de oferecer alternativas, contribuindo com suas experiências empíricas do dia a dia profissional. Assim, fazendo uma leitura crítica dos resquícios autoritários na legislação e acima de tudo na doutrina brasileira, que não apresentam consistência teórica construtiva, no sentido de oferecer um modelo de investigação substancialmente diferente ao praticado no Estado autoritário, com prevalência do Estado Policial e das razões de Estado. Limitando-se a afirmar que o indivíduo possui alguns direitos constitucionais, como direito ao silêncio, a não ser torturado, a não autoincriminação a assistência de um advogado, que possuiria em verdade quase que um papel decorativo na fase da investigação policial tendo em vista sua natureza inquisitiva. É preciso avançar!

É preciso reinterpretar as normas existentes referentes a primeira fase da persecução penal, interpretando-a conforme a constituição, em consonância com o Estado democrático de Direito, que mais do que apenas subordinar o Estado a observar as próprias leis que edita, deve ter como objetivo principal a tutela dos direitos fundamentais. Fazendo assim, a reinterpretação da própria função do delegado de polícia, que deve ser visto como um dispositivo democrático (Agambem) inserido no aparelho repressor do Estado, no sentido de que o Estado investigador, em sua indeclinável função de aplicar o seu direito penal e processual penal ao indivíduo que cometa uma infração penal, deve prioritariamente zelar para que toda a atividade policial ocorra em consonância com a Constituição. Da mesma forma, ter como prioridade a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, tendo em vista, que mesmo durante a realização as razões de Estado o indivíduo não está aniquilado em seus direitos fundamentais, não podendo ser objetalizado e instrumentalizado em busca de um suposto efficientismo penal.

Assim, a função materialmente constitucional conferida ao delegado de polícia é a de primeiro garantidor da legalidade, da Justiça e acima de tudo dos direitos fundamentais,

sobretudo, não só das vítimas, mas, inclusive daqueles sobre o qual vai recair o poder punitivo Estatal que é limitado pelo Direito Penal, pelo Processo Penal e acima de tudo pela Constituição. Nesse sentido, a Lei 12.830/13, que regula a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, deve ser interpretada conforme a Constituição, trazendo explicitamente princípios constitucionais imanentes a uma devida investigação criminal, corolário do Princípio do Devido Processo Legal, uma vez que representa a primeira fase da persecução penal no sistema brasileiro. Que por sua vez, deve ser depurada constitucionalmente de seus resquícios autoritários, seja pela sua genética autoritária, uma vez que oriunda da Itália que na época vivia um regime fascista, seja pela própria sequência de regimes ditatoriais autoritários vividos em nosso país. A Lei Federal n. 12.830/2013, interpretada constitucionalmente, veicula importantes princípios como o da inamovibilidade relativa, da independência funcional e técnica do Delegado de Polícia, e do Delegado Natural, além de tipificar o indiciamento, que deve ser motivado, devendo ser interpretado como marco inicial para um contraditório.

No presente trabalho, fizemos a ousada proposta na direção de que, a luz da Constituição Federal de 1988, já existe contraditório na investigação policial. Não um contraditório pleno, que inviabilize o efeito surpresa e a eficiência de uma investigação policial e, sim, um contraditório possível, sendo certo que o ato de indiciamento imporá ao delegado de polícia uma análise no sentido de definir se é o caso e se estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, devendo encerrar a investigação com sua representação, ou em caso negativo, deve o mesmo após o indiciamento intimar a defesa, dar acesso ao conteúdo da investigação e oportunizar produção de provas que possam formar o seu convencimento enquanto representante do Estado investigador. Uma vez que cabe ao mesmo no exercício das razões de Estado ter como prioridade a tutela dos direitos fundamentais daquele, que ele mesmo, já definiu como alvo máximo do Estado investigador ao proceder seu indiciamento.

É importante ressaltar os efeitos práticos e o estigma social promovido pelo ato de indiciamento, além do que, já em sede de investigação policial, pode haver constrição dos bens mais importantes do indivíduo quais sejam: medidas constritivas em seu patrimônio, como, por exemplo, através das apreensões, bem como em sua liberdade, por meio da possibilidade de prisão provisória. Sendo certo que, após o indiciamento, a afirmação de que na investigação policial “não há partes e por isso não deve haver contraditório” em interpretação semântica restritiva de um direito fundamental é um equívoco, pois passa a haver “partes”, qual seja, Estado investigador, através da Polícia judiciária vs. indivíduo. Em

sede de prisão em flagrante o delegado em verdade exerce a função de contenção do poder punitivo estatal no sentido de que o mesmo só pode ser realizado com o total respeito aos direitos fundamentais do indivíduo alvo do Estado, pois esta é a gênese do Estado de Direito. Deve zelar pela contenção do espetáculo e não promovê-lo. Conter o espetáculo é zelar pela presunção de inocência, pelo direito a imagem e do massacre midiático, verdadeira sentença eterna, muitas vezes pior que a jurídica, sendo típico de Estados autoritários a exposição de indivíduos como animais na fase investigativa, onde preponderariam tão somente as razões de Estado aniquilando personalidades, aniquilando os direitos fundamentais.

Em que pese entendermos ser necessária a reforma processual, no que se refere à fase policial, para que haja uma devida adequação constitucional, a pesquisa revela que são possíveis novas práticas investigativas e o rompimento com o paradigma inquisitivo e adequadas a nova ordem constitucional democrática e o Estado Democrático de Direito trazido formalmente na Constituição Federal de 1988. Há que se romper com a mentalidade inquisitiva que tem afetado as interpretações. Não sendo feita uma devida interpretação constitucional das normas e sim uma interpretação autorreferente das normas relacionadas ao inquérito policial dissociadas da Constituição.

O presente trabalho revela que uma hermenêutica constitucional adequada e democrática permite o implemento de novas práticas desde já, devendo, dentre outros aspectos trabalhados, a Lei 12.830/13 que traz regras para as investigações criminais conduzidas pelo Delegado de Polícia, ser interpretada a luz da Constituição, como instrumento concretizador de um ideal democrático na investigação.

Apesar de não ser satisfatória, a Lei 12.830/13 deve ser valorizada e interpretada constitucionalmente como um avanço, no sentido que se alinha a um delineamento mínimo de uma devida investigação criminal, um princípio do Delegado de Polícia natural, da inamovibilidade relativa trazendo o conceito expresso do ato de indiciamento. Que conforme proposto no presente trabalho, sendo interpretado constitucionalmente e utilizado como marco inicial de um contraditório mitigado e possível na investigação. Desde já, contribui e muito para dar mais democraticidade para a investigação policial, adequando a sua função principal em um Estado Democrático de Direito, que é a de ser um filtro garantista de possíveis acusações temerárias e não um instrumento punitivo de um Estado em que se privilegiam as razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que é um contemporâneo e outros ensaios**. Chapecó- SC: Argos, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. What is a destituent power?. **Environment and Planning D: Society and Space**, v. 32, n. 1, p. 65-74, 2014.
- ALBRETCH, Peter Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AVENA, Norberto. **Natureza Jurídica da Atividade do Delegado de Polícia**. Brasil, 2017. Disponível em www.norbertoavena.com.br. Acesso em 06/10/2018.
- BACHELARD, Gaston. **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.
- BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. *In: KHALED JR. Salah (coord.). Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. *In: Rev. bras. segur. pública*. São Paulo v. 8, n. 1, fev/mar 2014, p. 6-22.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *In: Revista de direito administrativo*, v. 212. 1998, p. 57-70.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. 2015. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal>. Acesso em: 28 jan. 2019.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros; CASTRO, Henrique Monteiro de. **Delegado de Polícia Pode e Deve Aferir Controle de Constitucionalidade das Leis**. Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/academia-policia-delegado-aferir-convencionalidade-leis>. Acesso em 13/11/2017.

BARBOSA, Ruchester Marreiros; *et al.* **Investigação Criminal Pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2016.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. **A incidência do contraditório no inquérito policial: a natureza jurídica- do processo penal, processo e procedimento, as investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público**. São Paulo: Ed. Edimor, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia Brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2001.

BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. *In: M.M.'A.B. LIMA; E. BELLO (coords.), Direito e marxismo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 7-33.

BENJAMIN, Walter. Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política. São Paulo: Antropos. 1992.
BONAVIDES, Paulo. Prefácio. *In: SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015

BOSCHI, José Antonio Paganella. A investigação criminal. Legitimidade e meios. **Direito & Justiça**, v. 40, n. 2, 2014, p. 133-143.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2014**.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Lei 13.491/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm Acesso em: jan.2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/11/2018.

BRASIL. Portaria Normativa n. 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, publicada no **Diário Oficial da União** n. 23, de 03 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://bdex.eb.mil.br/jspui/handle/123456789/138?mode=full> Acesso em: jan./2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasil, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 16/11/2017.

BRASIL. **ARE 999036**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 19/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21/10/2016 PUBLIC 24/10/2016.

BRASIL. **Lei nº 12.830 de 20 de Junho de 2013**. Brasil, 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em 08/07/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.365.279 - SP (2011/0246264-8)**. Recorrente: Condomínio Edifício São Tomás Advogado: João Alves da Silva e outro(s). Recorrido: Jurandy Carador. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1434493&num_registro=201102462648&data=20150929&formato=PDF. Acesso em: jan./2019.

BRENTANO, Gustavo de Mattos. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. 2018. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/gustavo-brentano-uso-principio-insignificancia-delegado>. Acesso em: 27 jan. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder requisitório do delegado de polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. **In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, v. 15, n. 90, fev./mar. 2015, p. 226-231. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_90_miolo%5B1%5D.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2.ed. Campinas, 2007.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo – Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira**. Empório do Direito, 2015.

CASARA, Rubens R.R. MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO, Henrique. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. **In: Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada> Acesso em: 20 jan. 2019.

CESARINI, Paola; HITE, Katherine. Introducing the Concept of Authoritarian Legacies. **In: CESARINI, Paola; HITE, Katherine (Ed.). Authoritarian Legacies and Democracy in Latin America and Southern Cone**. Notre Dame: Notre Dame University Press, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2008.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. Del Rey, 2017.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. Polícia e Estado de Direito na América Latina. **In: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS Kai (coord.). Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

CORDEIRO, Isaías. O Direito Penal e a Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. **In: GUSSO, Rodrigo Bueno; QUEIROZ, David. (Orgs). Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antonio. **Dos crimes contra a Administração Pública**. São Paulo, ed. Malheiros, 1997.

COSTA, Pietro. **Democracia Política e Estado Constitucional: Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Napoli: Scientifica, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal. **In: Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre. n. 30. P. 163 – 198. 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Padova: CEDAM, 2000.

DANTAS JÚNIOR, Enéas de Oliveira. A investigação criminal à luz da lei 12.830/2013. **In: Revista da Ejuse**, n. 21, 2010, P. 335 - 352.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto editora, 1997.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DIETER, Maurício Stegmann. O Sistema de Investigação Criminal Brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se anuncia. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico político**. Belo Horizonte, Arraes editores, 2016.

DWORKIN, Ronald. A visão econômica do direito. *In: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins fontes, 2003.

DYZENHAUS, David. Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford University Press, 1999.

FAORO, Raymund. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1975.

FERRAJOLI, Luigi (Clb.). **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução Alexander de Araújo. São Paulo. Saraiva. 2014.

FOUCAULT, M. Two lectures. *In: Power/Knowledge: selected writings, interviews & other writings – 1972-1977*. New York: Pantheon Books, 1980.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **A duração razoável dos procedimentos investigativos: reflexões sobre a jurisdição contemporânea**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-duracao-razoavel-dos-procedimentos-investigativos-01102018>. Acesso em: 27 jan. 2019.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. *In: GAUER, Gabriel J. GAUER, Ruth M. Chittó. A Fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ, Francisco. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOFFMANN, Henrique. **O Inquérito Policial tem sido Conceituado de Forma Equivocada**. Brasil, 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policial-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: jan/2019.

HOFFMANN, Henrique. Delegado pode presidir inquérito policial também de forma remota. 2017. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/academia-policial-delegado-presidir-inquerito-policial-tambem-forma-remota>. Acesso em: 28 jan. 2019.

HOFFMANN, Henrique. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **In: Revista Consultor Jurídico**, 1 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 20 jan. 2019.

HOFFMANN, Henrique. Inamovibilidade é prerrogativa do delegado e garantia do cidadão. 2015. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-27/academia-policial-inamovibilidade-prerrogativa-delegado-garantia-cidadao#_ftnref12. Acesso em: 28 jan. 2019.

HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites. 2018. **In: Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opiniao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>. Acesso em: 28 jan. 2019.

HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JÚNIOR, Salah H. Khaled. **A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas 2013.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das relações científicas.** São Paulo. Perspectiva, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição.** Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2013

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada). **In: Revista Consultor Jurídico**, 4 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>. Acesso em: jan./2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 4.ed. São Paulo: GEN/Método, 2017.

MENDES DE ALMEIDA, João Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 1973.

MURARO, Mariel. **O inimigo em Carl Schmitt, o direito penal do inimigo em Jakobs e o estado de exceção,** 2012.

MURPHY, Cullen. **God's Jury: The Inquisition and the Making of the Modern World.** Boton: Mariner Books, 2013.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e submissão.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

NONET, Philippe; Selznick, PHILIP. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Marcelo Alves. **Duração razoável da investigação criminal: uma garantia fundamental do investigado**. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1237>. Acesso em: 27 jan. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PANDOLFI, Dulce Chaves (org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PARAGUASSU, Mônica Correia da Silva. **Presunção de inocência: Uma questão de princípio da vingança e da justiça**. Niterói: Ed. da UFF, 2011.

PERAZZONI, Franco; BEZERRA, Clayton da Silva, AGNOLETTO, Giovanni Celso. **Inquérito Policial Doutrina e Prática (A Visão do Delegado de Polícia)**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

PERAZZONI, Franco; SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito Policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. *In: Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 6, n. 2, p. 77-115, 2015.

PEREIRA, André Luiz Bermudez. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: Emais, 2018.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Trabalho**. São Paulo: Revista da AMATRA II, 2003.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências. *In: Revista da EMERJ* - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) – 2015.

PRADO, Geraldo. **Charla proferida em el ámbito de II Congreso de Derecho Penal y Criminologia, realizado em Buenos Aires, por la ALPEC**. 07/11/2013. Disponível em: psigma.academia.edu/GeraldoPrado/Papers. Acesso em: 26/10/2018.

PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. Prefácio In: AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo. Almedina 2014.

QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

QUEIROZ, David. **A impermeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

RODRIGUES BOECHAT, Leda. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986.

RODRIGUES, José Honório. **História da História do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim da. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. *In: Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SÃO PAULO. Ministro Celso de Melo, STF, **HC 84548/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/6/2012.

SAPORI, Luiz Flávio. A segurança pública no Brasil. *Em Debate*, Belo Horizonte, v.3, n.1, p. 11-15, jan. 2011.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015

SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHUNEMAN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Jorge da. Militarização da Segurança Pública e a Reforma da Polícia: um depoimento. *In: BUSTAMANTE, Ricardo. SODRÉ, Paulo César. Ensaios jurídicos: o Direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2003.

SILVA, Júlio Cesar Dolce, Os Conceitos de *Clausewitz* Aplicados aos Estudos Estratégicos do Mundo Contemporâneo. **R. Esc. Sup. Guer.**, Rio de Janeiro, Ano XIII, no 36, 1998.

SILVA, Luiz Antônio Machado. **Violência e Ordem Social** – Livro Crime, Justiça e Polícia. São Paulo: Ed. Contexto, 2014.

SOARES E SOUZA, Taiguara Líbano. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio.

SOUZA, Jesse. **A Ralé Brasileira: Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009.

SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. *In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleópas Isaías. Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador- Bahia: Ed. Juspodivm, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas 2009**, p. 5-6. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf> Acesso em: 30/04/2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STJ - CC: **113020 RS 2010/0111378-0**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/03/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/04/2011.

STJ - HC: **209406 RJ 2011/0133329-8**, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014.

STJ - HC: **96666 MA 2007/0297494-5**, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 04/09/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 22/09/2008.

STJ – Sexta Turma – **RHC 40.821/RS** . Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j.em 13.05.2014 – Dje de 27.05.2014.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *In: Revista Consultor Jurídico*. 2012. Disponível em www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 28.10.2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho G.de. **Segurança Pública e Democracia: Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966).
Justia Us Supreme Court. 1966. Disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/> Acesso em: 20 jan. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**.
10.ed. Salvador: JusPodivum, 2015.

TJ-RS - **ACR: 70078754660 RS**, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento:
08/11/2018, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia
22/11/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650311060/apelacao-crime-acr-70078754660-rs> Acesso em: 20 jan. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed. São Paulo:
Saraiva, 2013.

TOVO, Paulo Cláudio. **O Inquérito Policial em sua verdadeira dimensão**. Porto Alegre:
Livreria do Advogado, 1995.

TRF-5 - **HC: 80871220134050000**, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data
de Julgamento: 05/09/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 11/09/2013.

STF – Tribunal Pleno – **RE n. 593.727 RG/MG** – Rel. Min. Cezar Peluzo- Rel. Min. p/
Acórdão Gilmar Mendes – j. 14/05/2015 – **Dje** 175 de 04/09/2015.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Um diálogo entre
Einstein e Freud: por que a guerra?** Santa Maria: FADISMA, 2005.

WACQUANTI, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de
Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loic. **As duas faces do Gueto. Trad.** Paulo Cesar Castanheira. São Paulo,
Boitempo, 2008.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas. **In: Revista
Sequência**. Florianópolis: UFSC, n.5, 1982.

XAVIER, Laécio Noronha. Responsabilidade Constitucional e comunitária em segurança
pública. **In: Revista Unicuritiba**, 2013, p. 138-171.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. 2.ed. Buenos Aires-Argentina:
Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan,
2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **FHC, Forças Armadas e Polícia**: entre o autoritarismo e a democracia. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Relações Civil-Militares: o Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988. *In*: **TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. O Que Resta da Ditadura**: a Exceção Brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.