

**FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

GERRI ADRIANI MENDES

**O PARADIGMA CONSTITUCIONAL
DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

**Porto Alegre
2010**

GERRI ADRIANI MENDES

**O PARADIGMA CONSTITUCIONAL
DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M538p Mendes, Gerri Adriani
O paradigma constitucional de investigação criminal. / Gerri
Adriani Mendes. – Porto Alegre, 2010.
363 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –
Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Direito Penal. 2. Investigação Criminal. 3. Paradigma
Constitucional. 4. Eficácia. I. Giacomolli, Nereu José. II.
Título.

CDD 341.501

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

GERRI ADRIANI MENDES

**O PARADIGMA CONSTITUCIONAL
DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 22 de março de 2009.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli
PUCRS

Prof. Dr. Aury Lopes Júnior

Prof. Dr. André Luis Calegari

*Dedico este trabalho à Victória,
a pessoa mais importante da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Impossível agradecer, sem cometer injustiça, a todos aqueles que me apoiaram neste trabalho, mas sou especialmente grato:

Ao Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, pela inspiração, ensinamentos, paciência e serenidade, bem como pela incentivadora orientação, sem as quais, tenho certeza não seria possível a elaboração deste trabalho.

Aos amigos Charles, João Carlos, Márcio e Pedrinho, companheiros de todos os momentos, sempre disponíveis para vir em meu socorro, quando necessitei. Certamente, sem a amizade e o apoio de vocês, não teria concluído esta jornada.

*“Não basta entender nossa época em termos meramente políticos ou econômicos.
Para entender o que significa a humanidade, é preciso, dia a dia, tomar
consciência das formas mais profundas da alma”.*

James Hollis.

RESUMO

A problemática a ser desenvolvida tem por objetivo discutir a possível (in)eficácia da investigação criminal, sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Essa discussão ocorre no contexto dos riscos e perigos da atualidade, que geram uma busca frenética pela segurança que já não existe mais. Nessa perspectiva temos, também, a crise do paradigma moderno, o qual aumenta essa sensação de insegurança e gera uma falta da perspectiva de futuro. Em tal contexto, a violência e a agressividade explodem, sem que a Razão Jurídica Moderna possa apontar soluções para o problema. O Direito, o Processo Penal e a investigação preliminar, por não apresentarem as soluções demandadas, entram em crise, gerando uma ideia de deslegitimação do sistema jurídico-penal. O garantismo penal, instrumentalizado pelo Processo Penal e a investigação preliminar, busca o resgate da ideia da tutela dos direitos e garantias. O estudo dos modelos de investigação preliminar, com especial destaque ao modelo brasileiro, expresso na Constituição Federal – o paradigma constitucional de investigação criminal -, resultou em importantes achados. Verificou-se que os sistemas têm vantagens e desvantagens, motivo pelo qual uma análise puramente teórica da investigação preliminar é inconsistente. Nessa lógica, de forma crítica, traçaram-se algumas perspectivas para investigação criminal policial. A partir da pesquisa teórica, somada aos dados levantados na Polícia Civil do Rio Grande do Sul, em termos reais, demonstrou-se o descaso com a investigação criminal – sob o ponto de vista estrutural, jurídico e metodológico. Essas mazelas interferem na consolidação do Estado Republicano e na garantia dos Direitos Humanos, uma vez que o sistema de segurança pública e a investigação criminal também são instrumentos para efetivá-los. Trata-se de buscar a humanização da atividade policial e da investigação criminal, superando-se a ideia de antagonismo existente. Nessa perspectiva, uma investigação criminal humana, justa, técnica e garantidora dos Direitos Humanos é desejável e possível, desde que haja uma mudança de paradigmas.

Palavras-chave: Investigação criminal. Paradigma constitucional. Eficácia.

ABSTRACT

The issue to be developed aims to discuss the possible (in)efficacy of criminal investigation, under the perspective of the Democratic State of Law. The risks and dangers of nowadays beget a freak search for security that doesn't exist anymore. The crisis of the modern paradigm increases this feeling of insecurity and results in a lack of perspective of future. In this context the violence and aggressiveness explode, not giving time to the Modern Reason Law to point solutions to the problem. The Law, the Penal Process and the preliminary investigation, for not introducing the required solutions they go into crisis, giving an idea of illegitimacy of the criminal justice system. The criminal warranty, instructed by the Penal Process and the preliminary investigation, searches for the rescue of the idea the protection of the rights and guarantees. The study of the preliminary investigation, with and special highlight to our model, expressed on Constitution – the constitutional paradigm of criminal investigation – resulted in important facts. It was verified that all the systems have advantages and disadvantages, a reason for an analysis purely theoretical of the preliminary investigation is inconsistent. In this logic, in a critical way, were drawn some perspectives to the police criminal investigation. From the theoretical research on, added to the raised data by the *Rio Grande do Sul* Civil Police, really demonstrated the neglect with the criminal investigation - structural, legal and methodological. These bad reputations interfere in the consolidation of the Republican State and in the guarantee of the Human Rights, once the public security system and the criminal investigation also are tools to effect them. The matter is to search the humanization of the police activity and of the criminal investigation, getting over the idea of an antagonism. In this perspective, a human criminal investigation, fair, technical and guarantor of the Human Rights is desirable and possible, since there is a change in the paradigms.

Key words: Criminal Investigation. The constitutional Paradigm. Effectiveness.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Total Geral de ocorrências registradas 1980 - 2008	209
Figura 2 - Total de ocorrências criminais – 2000-2008	209
Figura 3 - Procedimentos policiais remetidos 1991 e 2003	210
Figura 4 - Procedimentos policiais: situação geral 2003-2008	211
Figura 5 - Órgãos policiais em operação no RS - 200 8.....	212
Figura 6 - Equipamentos eletrônicos da polícia civil - 2008.....	213
Figura 7 - Viaturas da polícia civil - 2008.....	213
Figura 8 - Armas e coletes balísticos - 2008	214
Figura 9 - Efetivo do quadro geral de servidores da policial civil – variação entre 1975-2008.....	215
Figura 10 - Efetivo dos delegados de polícia 1985-2008	216
Figura 11 - Número de ocorrências por delegado no RS 1980-2008	217
Figura 12 - Evolução da população X efetivo da polícia civil – 2002-2007	218

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CRISES E (DES)LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL E O PARADIGMA GARANTISTA	17
GARANTISTA	17
2.1 RISCOS E PERIGOS	17
2.2 TEMPO E VIOLÊNCIA	25
2.3 CRISE DA RAZÃO JURÍDICA MODERNA E A CRISE E (DES)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	35
2.4 O MODELO GARANTISTA PENAL	54
2.5 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA DE GARANTIAS	63
3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL	81
3.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: PSEUDOANTAGONISMO REPRESSÃO X GARANTIAS/LIBERDADE	81
3.2 OS MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	87
3.2.1 Os juizados de instrução	87
3.2.1.1 O modelo francês.....	87
3.2.1.2 O modelo espanhol	92
3.2.1.3 O modelo da Bélgica	96
3.2.1.4 O sistema do código nacional argentino.....	99
3.2.1.5 Os modelos do Uruguai, Bolívia e Chile.....	101
3.2.2 A investigação a cargo do ministério público	104
3.2.2.1 Os modelos da Alemanha e da Áustria.....	104
3.2.2.2 O modelo italiano	109
3.2.2.3 O modelo português	114
3.2.2.4 Os modelos dos códigos das províncias de Córdoba e de Tucumã na Argentina	119
3.2.2.5 O modelo mexicano.....	120
3.2.2.6 Os modelos andinos – Colômbia, Equador e Peru	122
3.2.2.7 O modelo do Paraguai	125

3.2.3 Investigação policial	126
3.2.3.1 Os modelos da Inglaterra e do País de Gales	126
3.2.3.2 O sistema dos Estados Unidos da América do Norte	129
3.2.3.3 O paradigma constitucional de investigação criminal no Brasil	133
3.2.3.3.1 Sujeitos ativos e procedimentos	134
3.2.3.3.2 Inquérito policial	136
3.2.3.3.3 O termo circunstanciado e os juizados especiais criminais	145
3.2.3.3.4 Investigações preliminares presididas diretamente pelo Ministério Público.....	149
3.2.3.3.5 Outros sujeitos da investigação preliminar no Brasil	162
3.2.3.3.6 Princípios constitucionais	164
3.3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DOS MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	192
4 CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POLICIAL	203
4.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E POLÍTICA CRIMINAL: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	203
4.2 DEFICIÊNCIAS MATERIAIS E HUMANAS DA POLÍCIA JUDICIÁRIA GAÚCHA	208
4.2.1 Dados estatísticos e administrativos	208
4.2.1.1 Ocorrências registradas entre 1980 e 2008.....	209
4.2.1.2 Procedimentos policiais entre 1991 e 2008	210
4.2.1.3 Órgãos policiais em operação e recursos materiais em 2008	212
4.2.2 Recursos humanos	214
4.2.2.1 Efetivo da policial civil – variação entre 1975 e 2008	215
4.2.2.1.1 Quadro geral de servidores	215
4.2.2.1.2 Delegados de polícia.....	216
4.2.3 Considerações acerca dos dados	218
4.3 CRÍTICAS À METODOLOGIA INVESTIGATIVA.....	233
4.3.1 Depoimentos	235
4.3.2 Reconhecimentos	240
4.3.3 Perícias	242
4.3.4 Do agente infiltrado	247
4.3.5 Da colaboração processual e delação premiada	261
4.3.6 Das interceptações e quebra de sigilo de dados e comunicações	268

4.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POLICIAL	277
4.4.1 O estado democrático de direito.....	277
4.4.2 Os fundamentos do discurso sobre os direitos humanos	280
4.4.2.1 O direito natural moderno e as implicações do individualismo: igualdade e propriedade ...	285
4.4.2.2 As declarações de direitos	291
4.4.2.3 Os direitos humanos e a segurança pública.....	303
4.4.2.3.1 O caráter seletivo do conceito de segurança pública.....	303
4.4.2.3.2 A definição ampliada da segurança pública	309
4.4.2.3.3 Análise crítica do conceito de segurança pública: sistema de tutela dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.....	310
4.4.3 A polícia e os direitos humanos no estado republicano.....	315
4.4.3.1 Direitos humanos e atividade policial	316
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	329
REFERÊNCIAS	343

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como área de concentração o Direito Processual Penal e Constitucional. A linha de pesquisa é a de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, tendo-se como tema a Investigação Criminal e a sua adequação ao modelo do Estado Constitucional de Direito – Paradigma Constitucional de Investigação Criminal.

A delimitação do tema – recorte – foi no estudo dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, especialmente em relação a uma ideia de Garantia dos Direitos Fundamentais.

A formulação do problema passa pelo seguinte questionamento: o sistema de investigação preliminar utilizado pelo Brasil é eficaz quanto à apuração das infrações penais e amolda-se ao Estado Democrático de Direito - paradigma de investigação criminal expresso pela Constituição Federal de 1988 - mormente quanto à tutela dos Direitos Humanos fundamentais?

As questões norteadoras levantadas em relação ao problema foram duas: a) Sim, o sistema de investigação preliminar utilizado pelo Brasil é eficaz quanto à apuração das infrações penais e se compatibiliza como o modelo constitucional. b) Não, o sistema de investigação preliminar utilizado pelo Brasil é ineficaz quanto à apuração das infrações penais e não se compatibiliza como o modelo constitucional.

A pesquisa tem como objetivo geral estudar a investigação criminal no contexto da pós-modernidade e da “Sociedade do Risco”, analisando os modelos existentes, bem como sua adequação ao paradigma constitucional/garantista do Estado Democrático de Direito.

O interesse pelo assunto justifica-se, uma vez que a sociedade, diante dos riscos e perigos da era pós-moderna, trava intensas discussões sobre a forma de lidar com as inseguranças, sobretudo com a violência nos centros urbanos. Nesse diapasão, o atual modelo brasileiro de Segurança Pública encontra-se sobre severa crítica, em face do crescimento dos índices de criminalidade, após o fim do regime de exceção, que perdurou de 1964 a 1985.

Nesse contexto, o nosso atual Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal – Investigação Policial - voltou a ser questionado como modelo inadequado para a nossa realidade. Seus críticos argumentam que esse sistema não é capaz de produzir adequadamente as provas necessárias à instauração da ação penal. Além disso, argumentam que tal procedimento, por si só, é uma violência contra o cidadão e os direitos humanos, não se coadunando com o novo Processo Penal Garantista, que aflora no país, com o novo regime democrático.

No processo de redemocratização do Brasil, optou-se pelo Estado Democrático de Direito, na Constituição da República de 1988, o qual chega, por vezes, a ser colocado em xeque, uma vez que não conseguiria oferecer à sociedade o direito humano genericamente denominado segurança pública, corporificado nas garantias da vida, liberdade, incolumidade física e patrimônio.

Paradoxalmente, o sistema de garantidor passa a ser visto como violador de tais direitos fundamentais, sendo que a polícia judiciária, eventualmente, atua como um dos operadores da barbárie. Argumenta-se que nenhum dos pólos resta amparado pelos serviços que o sistema criminal oferece. Tanto a vítima do delito, como o acusado, estariam desatendidos quanto à garantia de seus direitos fundamentais.

Como operador do direito em geral e do sistema público em particular, na condição de Delegado de Polícia, o interesse pelo tema foi imediato, pois é de grande relevância pessoal e profissional participar, ativamente, do estudo e discussão da matéria, em face de ela estar diretamente ligada a minha atividade cotidiana na Polícia Civil.¹

O referencial teórico principal da pesquisa é o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, expressado, mormente, na obra “Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal”. Ferrajoli, conforme afirma Bobbio,² tem uma proposta ousada:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se quiser, a construção de 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.

A nossa discussão, não obstante aborde outros temas relativos ao sistema penal, terá sempre como pano de fundo a confrontação dos modelos vigentes – teóricos ou empíricos – mormente a investigação criminal, com o paradigma garantista, aos moldes propostos por Luigi Ferrajoli, bem como pela atual Constituição brasileira.

Também exploramos as ideias da obra “A Sociedade do Risco” de Ulrich Beck. O autor, ao analisar a conjuntura atual da sociedade, pesquisa as bases institucionais dos medos e paradoxos das sociedades modernas, cujas bases não correspondem mais às descrições sociológicas clássicas.³

¹ “O autor desta pesquisa ingressou na Polícia Civil do Rio Grande do Sul em 1999, no cargo de Delegado de Polícia, sendo que desde então desempenha a função de presidir a investigação preliminar criminal nos órgãos policiais que esteve lotado, tanto na região metropolitana da Capital, como interior do Estado. Atualmente responde pelas duas delegacias de polícia da cidade de São Borja, neste estado do RS”.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

³ GOLDBLATT, David. **A sociologia do risco – Ulrich Beck**: Teoria social e ambiente. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Vivemos constantemente perante a ameaça conhecida de catástrofes, mas somos incapazes de reduzir a sua probabilidade. Não sabemos quem são os perpetradores desses riscos e perigos. Há o conhecimento dos problemas, mas não conseguimos implementar as soluções. Para Beck, o que define a sociedade de risco é a ameaça de autodestruição, uma marca da segunda metade do século passado.⁴

O tempo atual é de extrema complexidade e marcado pelo novo. Mas não são só as mudanças: a questão principal é a velocidade em que elas se processam. Como não temos tempo de absorver esse novo, ficamos com uma falta de perspectiva de futuro.

Sem a ideia de futuro, basta-nos o presente, o qual tem de ser vivido e gozado da forma mais intensa possível, mesmo que efemeramente. Em uma sociedade complexa, regida pela velocidade, sobretudo pela ideia do novo, é evidente que o risco se torna potencializado. Nesse contexto, a Razão Jurídica e o sistema penal enfrentam crises, sendo, no último caso, inclusive, questionada a sua legitimação.

Um dos desafios do Direito e do sistema penal, nesta sociedade do risco, no qual a insegurança pública é tema de infindáveis discussões, é a adequação dos meios de repressão ao crime – mormente a investigação preliminar criminal - aos princípios do Estado Democrático de Direito e da garantia dos Direitos Humanos.

Nesse diapasão, a Segurança Pública, pelo menos em tese, é um sistema de garantia de direitos, muitos deles chamados de direitos humanos fundamentais. Sendo as polícias, particularmente a investigativa, uma das instituições que compõem e operacionalizam o sistema de segurança pública, seus princípios norteadores devem ser os Direitos Humanos.

Entretanto, muitas vezes, os fatos negam essa assertiva. Em face dos procedimentos arbitrários e ilícitos das polícias, em nosso particular da Polícia Civil, responsável pela investigação dos delitos – que ainda se perpetuam - esta instituição passa por intenso ataque da sociedade. As críticas surgem especialmente do meio intelectualizado, uma vez que alguns pensam ser esse poder indevido e mal-utilizado. Ainda, como corolário negativo, sustentam os críticos, que seu produto – inquérito policial - é desqualificado e ineficaz ao que se propõe.

Nesse sentido, Lopes Jr. afirma que o Processo Penal, sem a investigação preliminar, é um processo irracional e inconcebível, segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. A investigação preliminar é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem

⁴ GOLDBLATT, 1996, p. 228.

sido relegada a um segundo plano, gerando o que se chama de “crise do inquérito Policial”.⁵

Mas especula-se que a crise não é só do Inquérito Policial. Desse modo, a discussão que se propõe nesta pesquisa não é uma análise apenas teórica da investigação preliminar. Tentaremos passar uma visão de dentro do sistema, mormente da instituição que o opera, no caso do Rio Grande do Sul, a Polícia Civil. Por meio da análise teórica e das deficiências estruturais da Polícia Judiciária gaúcha, tentaremos identificar os fatores que levam à (in)eficácia da investigação pré-processual, bem como aos desvios corporativos.

A questão posta é complexa. Portanto será que a substituição do modelo teórico e da figura do presidente das investigações é suficiente para resolver nossos problemas nessa seara? Este é um questionamento que permanece em aberto e deve ser objeto de estudos aprofundados, sob pena de uma alteração apressada vir a piorar o sistema, e não, em contrapartida, melhorá-lo.

Ela é o âmago da discussão que propomos com esta pesquisa, ou seja: analisar os sistemas de investigação preliminar vigentes, inclusive o nosso. E, a partir daí, apontar as suas deficiências e qualidades, na perspectiva de encontrar opções para o Direito Processual Penal, com o Inquérito Policial ou sem ele, na hipótese de se concordar com a assertiva de que o modelo é arcaico e ineficaz, mesmo sendo aperfeiçoado no correr do tempo.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo. De acordo com a acepção clássica, o método dedutivo parte do geral e desce ao particular. Como metodologia de procedimento utilizar-se-á, fundamentalmente, a pesquisa bibliográfica, com o intuito de solucionar o problema proposto. Far-se-á uma análise das fontes primárias e secundárias, tais como: Constituição Federal, leis complementares, doutrina, jurisprudência, revistas jurídicas, trabalhos de conclusão e sites especializados. Também serão levantados e analisados alguns dados da Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

O trabalho desenvolver-se-á em cinco capítulos, considerando-se a introdução e conclusão. No segundo capítulo, abordar-se-á a questão das crises e (des)legitimação do sistema penal; o modelo garantista e o processo penal como instrumento do sistema de garantias. A discussão dar-se-á sob o enfoque dos riscos e perigos da “sociedade do risco” - a explosividade do risco e o Estado segurança - decorrente da modernização pela qual passou a própria modernidade, como período histórico.

No terceiro capítulo, a discussão será acerca da investigação preliminar, em nível de direito comparado, primeiramente, daqueles sistemas nos quais é utilizado o juizado de

⁵ LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1.

instrução; depois serão estudados os modelos em que o Ministério Público conduz a investigação preliminar. A seguir, os modelos em que a Polícia Judiciária dirige a investigação preliminar. Entre estes, abordamos o Paradigma Constitucional de Investigação Criminal no Brasil. Para finalizar, apontaremos as vantagens e as desvantagens vislumbradas em cada um desses modelos.

No quarto capítulo do trabalho, serão abordadas as críticas e as perspectivas da investigação criminal policial – o nosso modelo. Inicialmente, trataremos das deficiências técnicas e humanas da investigação criminal policial, baseando-se, mormente, em dados levantados na Polícia Civil do Rio Grande do Sul. A seguir, será analisada a metodologia de investigação no Brasil. Finalizando, será abordada a necessidade de humanização da investigação criminal.

2 CRISES E (DES)LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL E O PARADIGMA GARANTISTA

2.1 RISCOS E PERIGOS

A época atual em que vivemos é de extrema complexidade, marcada pela mudança, pelo novo. Não temos mais a certeza sobre os rumos da sociedade e de como estudar e interpretar seus acontecimentos. O modelo de ciência da modernidade – de racionalização fechada - não oferece mais as respostas de que necessitamos, uma vez que tem dificuldade de trabalhar com a incerteza e enfrentar o desafio da complexidade.⁶

Desse modo, hoje se tem claramente a concepção de que devemos caminhar na direção de uma análise dos fenômenos sociais baseada na perspectiva do pensamento complexo. Mas isso não é simples, conforme assevera Morin⁷:

Uma sociedade muito complexa concede muitas liberdades de actuação aos seus indivíduos, aos seus grupos. Permite-lhes que sejam criativos, muitas vezes delinquentes. A complexidade também corre os seus riscos. Ao nível da extrema complexidade, a sociedade desintegra-se. Para impedi-lo podemos recorrer a medidas de autoridade. Mas, supondo que queremos o mínimo de coerção possível, o único cimento que resta é o sentimento de solidariedade vivida.

Também é crucial ser destacado que essas mudanças decorrentes da complexidade estão imersas em uma aceleração do tempo. Ou seja, é outro tipo de novo, de mudanças, as quais também logo se tornam o passado, na maioria das vezes antes mesmo de sequer serem apreendidas pelos indivíduos, circunstância que traz como consequência a falta de perspectiva de futuro. A respeito dessa falta de perspectiva de futuro em que vivemos afirma Lopes Jr.⁸:

⁶ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. rev. mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 196 seg. Ainda segundo o autor (p. 183), “a complexidade não é somente um fenômeno empírico (acaso, eventualidades, desordens, complicações, mistura de fenômenos); a complexidade é, também um problema conceitual e lógico que confunde as demarcações e suas fronteiras bem nítidas dos conceitos como “produtor” e “produto”, “causa” e “efeito”, “um” e “múltiplo”.

⁷ *Id.*, Complexidade e Liberdade. *In: A Sociedade em busca de valores*. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, p. 253-4.

⁸ LOPES JR. Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In: A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004a, p. 144.

O futuro é verdadeiramente contingente, indeterminado, o instante é verdadeiramente instantâneo, suspenso, sem sequência previsível ou prescrita. Projetos e promessas (impulso prometeico) perdem toda pertinência. É a incerteza elevada ao quadrado.

Nesse contexto, o conflito entre a dinâmica social e a dinâmica jurídica é inevitável, evidenciando uma vez mais a falência do monólogo científico diante da complexidade imposta pela sociedade contemporânea. Em uma sociedade complexa, regida pela velocidade, sobretudo a do novo, é evidente que o risco se torna potencializado.⁹

Segundo Goldblatt, as obras de Beck seriam verdadeiras vistorias às bases institucionais dos medos e paradoxos das sociedades modernas, as quais não correspondem mais às descrições sociológicas clássicas. Beck parte da seguinte indagação: Se a modernidade é um comboio descontrolado, que podem fazer os passageiros?¹⁰

Nós, os passageiros nada podemos fazer, pois, viajamos num comboio contra um mundo no qual

temos de viver constantemente perante a ameaça conhecida de catástrofes, mas incapazes de reduzir a sua probabilidade; onde sabemos quem são os perpetradores, mas não podendo obrigá-los a vir a público; sabemos quais são os problemas, mas deixando escorregar as provas pelos dedos.¹¹

O que define a sociedade de risco é a ameaça de autodestruição – nuclear, ecológica [...] uma marca da segunda metade do século XX. Nesse modelo de sociedade imperam, também, as contradições, conforme explica Beck¹²:

A la de esto se encuentra la idea de que somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos <<sociedad (industrial) del riesgo>>. Esto requiere un difícil equilibrio entre las contradicciones de continuidad y cesura en la modernidad, que se reflejan a su vez en el contraste entre modernidad y sociedad industrial, entre sociedad industrial y sociedad del riesgo.

De acordo com Goldblatt, Beck utiliza a ideia de riscos e perigos para se referir a várias áreas da vida social, com ênfase aos riscos e perigos decorrentes da degradação ambiental. Um perigo passa a ser um risco quando se torna conhecido. Correr perigo, portanto, é uma coisa, e

⁹ LOPES JR. Aury, 2004a, p. 140.

¹⁰ GOLDBLATT, 1996, p. 228.

¹¹ *Ibid.*, p. 228.

¹² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Barcelona /Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 11-17. O autor chama o momento em que vivemos de “modernização da modernidade” ou “modernidade reflexiva”.

saber que se está em perigo e impotente frente ao mesmo já é bem diferente.¹³

A respeito desta perspectiva do risco e da incerteza, Lopes Jr.¹⁴ retrata o que chama de “Risco Exógeno”:

Como aponta Beck, as sociedades humanas sempre correram riscos, mas eram riscos e azares conhecidos, cuja ocorrência podia ser prevista e cuja probabilidade, calculada. Os riscos das sociedades industriais eram importantes em nível local e frequentemente devastadores em nível pessoal, mas seus efeitos eram limitados em termos espaciais, pois não ameaçavam sociedades inteiras. Atualmente, as novas ameaças ultrapassam limites espaciais e sociais e também excedem limites temporais, pois são irreversíveis e seus efeitos (toxinas) no corpo humano e no ecossistema vão se acumulando. Os perigos ecológicos de um acidente nuclear em grande escala, pela liberação de químicos ou pela alteração e manipulação da composição genética da flora e fauna (transgênicos), colocam em risco próprio planeta. Existe um risco real de autodestruição.

Assim, os riscos e os perigos a que estamos sujeitos são em qualidade e quantidade, muito maiores hoje do que no passado. Os riscos que ameaçavam as sociedades industriais ficavam limitados a determinadas comunidades, no âmbito do impacto, e não ameaçavam a sociedade globalmente. No caso dos perigos contemporâneos, a possibilidade de dano é quantitativa e qualitativamente maior, cujos perigos podem abranger o planeta Terra inteiro.

Havia riscos e perigos – guerras, epidemias, catástrofes climáticas - mas as situações atuais são diferentes. A concepção moderna de sociedade, baseada no tecnicismo científico e no progresso tecnológico praticamente ilimitado, que prometia justamente domínio e controle desses perigos, produziu, ela própria, os riscos e ameaças que extrapolam qualquer parâmetro e se tornaram incontrolláveis.¹⁵

Sobre a sociedade do risco, Canotilho¹⁶ afirma que:

Um dos problemas fundamentais da sociedade do risco é o da radical assinalagmaticidade do risco. Quer-se com isto dizer que os riscos de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl, terrorismo) é *criado* por uns e *suportado* por outros. Mas não é só isso. Quem *participa* nas decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras. Por último, a *localização* das fontes de risco pauta-se, não raras vezes, por critérios de *injustiça ambiental*, situando indústrias e actividades perigosas nas zonas e países mais desprotegidos (em termos económicos, sociais, culturais, científico).

¹³ GOLDBLATT, 1996, p. 231.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b, p. 50-1.

¹⁵ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **O Inquérito Policial na Sociedade Complexa**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUC/RS, 2007, p. 13.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1354.

Nesse contexto, as consequências danosas dos riscos atuais podem não atingir somente aos seus causadores, mas populações até de outros continentes. Outra característica da atual dinâmica dos riscos e perigos é a relativização do espaço temporal, ou seja, os fatores potencialmente danosos acumulam-se em intensidade com o passar do tempo, uma vez que os seus efeitos perduram por décadas, às vezes se tornam visíveis apenas no futuro. Desse modo, até mesmo as barreiras do tempo restam rompidas, situação que gera uma sensação de insegurança quase insuportável, pois até a esperança de um futuro desaparece.¹⁷

Ao estudar de acordo com as ideias de Beck a questão da emergência dos riscos, Carvalho¹⁸ afirma que a dinâmica política da autoameaça da civilização é possível de ser sintetizada em cinco proposições:

(1.º) os riscos que causam danos sistemáticos e frequentemente irreversíveis tendem a permanecer invisíveis; (2.º) os riscos da modernização afetam cedo ou tarde quem os produziu ou deles se beneficiou (efeito *bumerang*); (3.º) a expansão dos riscos não rompe com a lógica do desenvolvimento capitalista, pois configura *big business*; (4.º) o conhecimento dos riscos gera saber específico e consciência diferenciada sobre seus efeitos; (5.º) a sociedade do risco é, fundamentalmente, sociedade qualificada pela catástrofe.

Nesse sentido, acentua Lopes Jr. que não temos mais aqueles modelos de segurança e proteção da modernidade. O grande desafio é o viver com essa descoberta do perigo. Desapareceu o manto de proteção e a ilusão de segurança, cujo desaparecimento deixa transparecer este desanimador panorama.¹⁹

Segundo Goldblatt, Beck divide o modelo de desenvolvimento em três pontos. Parte da sociedade pré-industrial (perigos naturais inevitáveis, insegurança); depois analisa a sociedade industrial (riscos e acidentes dependem da ação humana e de forças sociais, criando-se leis e instituições a fim de combater esses riscos - Estado-previdência - pois as probabilidades de riscos podem ser calculadas); e, por fim, ocupa-se com a sociedade de risco (riscos incalculáveis e imprevisíveis, além de sistemas de controle ultrapassados).²⁰

Conforme Lopes Jr., Beck analisa as mudanças na economia política comparando a lógica positiva - de criação e distribuição de riqueza -, da sociedade industrial com a lógica negativa do risco, da abstenção de produção e da distribuição de males sociais e pessoais. O risco da sociedade industrial relacionava-se com a ausência de bens e serviços para combater os perigos. Na discussão da “Sociedade do Risco” de Beck, existe uma relevância nos riscos e

¹⁷ BECK, 1998, p. 39-40.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

¹⁹ LOPES JR., 2004a, p. 140-141.

²⁰ GOLDBLATT, 1996, p. 235 seg.

perigos relativos à ecologia. Mas a dimensão dos perigos vai além da seara ecológica, atingindo a sociedade como um todo e até mesmo o Processo Penal.²¹

Em uma sociedade com tal grau de risco existe uma constante sensação de insegurança e uma espécie de medo generalizado. Desse modo, as demandas por serviços públicos tendem a aumentar, mormente na área da segurança. Notoriamente essa busca pela sensação de segurança dará ênfase à presença física e ostensiva do aparato de segurança, em prejuízo da investigação e inteligência policial.

Na sociedade de risco, o problema relaciona-se com o excesso de produção de riqueza. Ou seja: quanto mais riqueza se produz mais se consome e vice-versa. Mas os recursos naturais são finitos e certamente não suportarão um crescimento da produção e do consumo de maneira contínua e para sempre, sendo que em um momento haverá uma catástrofe ecológica, relacionado a tais excessos.

Para Beck, na sociedade industrial as posições de classe e as de exposição aos riscos estão relacionadas. Na sociedade de risco deixam de estar. Quando os riscos e os perigos excedem os antigos limites de espaço e tempo, a riqueza, os privilégios e o poder econômico não oferecem fuga, uma vez que a degradação do ambiente ameaça de igual modo o capital e o trabalho. As ameaças ecológicas, a modernização, o crescimento econômico e a transformação tecnológica estabelecem as condições para o próprio fim da humanidade. Nos riscos pessoais, o processo de modernização reflexiva desfaz os parâmetros culturais tradicionais e as estruturas sociais – notadamente as instituições da sociedade industrial: classe, estruturas familiares e funções por sexos.²²

Nesse contexto de incerteza, os atores políticos, por meio da democracia parlamentar e burocracia estatal, estão aquém de enfrentar as forças da dinâmica social criadas pela sociedade capitalista da atualidade. Os movimentos sociais, como os ambientalistas do Ocidente são, para Beck, o corpo de ataque de uma nova política, num novo tipo de sociedade, como uma reação às ameaças e aos riscos reais e imaginários. São também uma alternativa política às forças convencionais, mormente diante de uma cultura que teria perdido as tradições.²³

O desemprego e todas as formas de insegurança transformaram as estruturas da sociedade - o trabalho já não importa tanto como um meio de identidade pessoal. A mudança nas relações entre sexos e sexualidade; as transformações formais em termos de lei, educação

²¹ LOPES JR., 2004a, p. 141.

²² BECK, 1998, p. 16-17.

²³ GOLDBLATT, 1996, p. 238.

e mercado de trabalho, insegurança e a violência da sociedade, avançaram mais no domínio da consciência, do que no do comportamento das pessoas.²⁴

A individualização da sociedade industrial destruiu a capacidade de vida em comum por não aceitar os conceitos tradicionais e a desigualdade. Surgiu a necessidade e o interesse em criar relações abertas, multiplicando as inseguranças da vida pessoal e profissional – divórcio, paternidade ou maternidade unilateral, ameaças à segurança econômica, conflitos quanto às necessidades de casa e trabalho.

Conforme Bauman, em face das atuais formas de relações afetivas e da desintegração familiar por meio do divórcio, na “segunda modernidade”, ou “modernização da modernidade”, Beck aponta o surgimento do que ele chamou de “categorias zumbi” e “instituições zumbi”. A família, a qual está “morta e ainda viva”, seria uma dessas instituições, sendo também exemplos dessa condição – de “mortos vivos”-, a “classe” e o “bairro”.²⁵

Talvez aí – na insegurança generalizada - esteja uma das explicações para o quadro de violência social vivido pela nossa sociedade. Nesse sentido, afirma Lopes Jr.²⁶:

Também na esfera das relações afetivas e na própria estrutura familiar, o risco está mais presente do que nunca. No núcleo familiar não há mais a distinção entre trabalho doméstico (não remunerado e educação dos filhos) e trabalho assalariado (privativo do homem). Está consagrada a decadência do patriarcado. Intensificou-se a individualização, com o rompimento das funções tradicionais (homem e mulher) e das forças ideológicas que ajudavam a “prender” as pessoas. A insegurança multiplicou-se em relação ao núcleo familiar com o divórcio, a paternidade ou a maternidade unilateral e também implica uma nova dinâmica das relações interpessoais, que o casar-se passa a um segundo plano, valorizando-se mais a realização profissional e o individualismo (logo, relacionamentos afetivos superficiais).

Desse modo, além dos riscos referentes ao trabalho e ambientais, estamos também submetidos ao risco das relações afetivas. Em uma época em que as pessoas cada vez menos têm tempo e o que vale é o momento, que passa rapidamente, não é possível existirem namoros longos, os quais resultariam em noivado e casamento que duraria a vida toda. Hoje vale o “ficar”, que se trata de um modelo de relacionamento afetivo sem qualquer compromisso e sem imaginar e comprometer-se com o que vier depois. É a valorização exacerbada e sem precedentes do presente.²⁷

²⁴ LOPES JR., 2004a, p. 143.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 12-13.

²⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 143-144.

²⁷ *ibid.*, p. 144.

Para Goldblatt, nessa discussão do risco e dos perigos, Beck, conforme pontuado dá grande relevância à questão da degradação do ambiente - duas ideias correlacionadas: a de irresponsabilidade organizada e a de explosividade social do perigo. Na irresponsabilidade organizada descreve os meios pelos quais os sistemas político e judicial das sociedades de risco, intencional ou involuntariamente, tornam invisíveis as origens e consequências dos perigos ecológicos em grande escala.²⁸

De outro modo, devido ao desenvolvimento econômico incontrolado, somos incapazes de assumir a existência do risco ou o grau de culpa - indivíduos e organizações -, em relação a eles. A dimensão dos riscos é tal - e os meios, políticos e institucionais, para lutar contra eles, são tão deploráveis -, que a frágil aparência de estabilidade é constantemente quebrada pela realidade de perigos inevitáveis. É o que chama de explosividade social do perigo.²⁹

Cada vez mais o modelo que identifica o Estado, como provedor de segurança, perde credibilidade e não alcança seus objetivos. A ilusão do Estado-segurança, surgida na era industrial, que trazia garantias de tutela contra os atos lesivos cometidos pelo homem e as forças sociais – perigo no trabalho, dos venenos, do crime -, cada vez mais perde mais credibilidade.

Nesse sentido, assevera Lopes Jr.³⁰ que:

O mito do Estado Segurança cai por terra quando se verifica a fragilidade de seus postulados. BECK justifica o estado de insegurança, sustentando que “a dimensão dos riscos que enfrentamos é tal, e os meios pelos quais tentamos lutar contra eles, a nível político e institucional são tão deploráveis, que a fina capa de tranquilidade e normalidade é constantemente quebrada pela realidade bem dura de perigos e ameaças inevitáveis”. [...] Assim o fato de morar em uma favela ou em um bairro nobre não protege ninguém de uma catástrofe.

Segundo Beck vê dois meios de reação às políticas de risco: a tecnocracia autoritária e a democracia ecológica. A tecnocracia autoritária pressupõe um alargamento do poder e ação do Estado, a fim de garantir a segurança e proteção contra as ameaças, com a manutenção da legitimidade do Estado - abalada por catástrofes, como a de Chernobyl. Já a democracia ecológica é a utopia de uma modernidade responsável, pois imagina uma sociedade em que as consequências da inovação tecnológica serão debatidas antes das decisões fundamentais. Nela a responsabilidade de verificar os riscos futuros recaia sobre os perpetradores e não sobre os prejudicados, transformando o princípio do poluidor-pagador ao poluidor-provador.³¹

²⁸ GOLDBLATT, 1996, p. 240.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ LOPES JR., 2004a, p. 142-3.

³¹ GOLDBLATT, *op. cit.*, p. 249.

Nesse contexto questiona-se a razoabilidade ou a vantagem em se descrever as sociedades ocidentais contemporâneas como sociedades de risco? Goldblatt afirma que a partir da obra de Beck houve um aumento da escala de riscos, bem como da percepção deles, situação que alterou o comportamento, os princípios e os interesses da sociedade. A partir das mudanças nas relações entre sexos, da família, e da identidade, pode-se afirmar que a vida no Ocidente passou a ser mais arriscada, e as pessoas, percebendo isso, alteraram os seus princípios.³²

No Direito, tendo em vista os problemas de risco, Canotilho³³ afirma que a teoria do constitucionalismo terá de se readequar:

O **paradigma da sociedade de risco** obriga a teoria da constituição a compreender novos conceitos da teoria social como é, precisamente o conceito de risco. Ao lado de categorias e conceitos jurídicos, como contrato, direito subjectivo, indivíduo, capital, trabalho, classe, integração, racionalização, o conceito de **risco** parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades altamente industrializadas. [...]. Aí está o problema: os procedimentos, formas e instituições de uma **democracia de risco** e de uma **justiça de risco** passam também pela articulação de vários subsistemas (científico, econômico, político, jurídico) que um esquema normativo-institucional dificilmente pode assegurar. Por outras palavras: a teoria da constituição defronta o problema da conformação da *comunidade política do risco*, com as questões inerentes de uma *nova democracia participatória* e de uma *nova cidadania de risco*.

Também é importante salientar um fator agravante nesses perigos e riscos, que é justamente essa dificuldade de percepção deles. No caso dos riscos ecológicos, por exemplo, o local do desastre pode não ter qualquer ligação direta com a origem. Muitas vezes a disseminação do elemento causador do desastre não é visível ou aparece imediatamente – temos problemas de identificar o nexos causal dos acontecimentos.³⁴

No caso do terrorismo, o ataque de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos demonstrou que as organizações terroristas, por meio de “células”, podem atuar em qualquer parte do planeta - a despeito de limitações de fronteira e territórios -, de maneira dissimulada e com isso causar com seus atos danos incalculáveis.³⁵

As previsões sobre o futuro da ameaça terrorista e a insegurança não são alentadores, segundo os estudos da Central de Inteligência Norte-americana (CIA), sobre como será o mundo em 2020:

³² GOLDBLATT, 1996, p. 251.

³³ CANOTILHO, 2003, p. 1354-55.

³⁴ LOPES JR., 2004a, p. 141-2.

³⁵ *Ibid.*, p. 41.

Pre vemos que em 2020, haverá um sentimento mais profundo de insegurança, o qual pode ser baseado tanto em percepções psicológicas como em ameaças físicas. Os aspectos psicológicos incluem preocupações com a segurança dos empregos, bem como temores relacionados à imigração, entre populações locais e de imigrantes. O terrorismo e os conflitos internos podem interromper o processo de globalização ao aumentar significativamente os custos da segurança associados ao comércio internacional, à manutenção do policiamento de fronteiras, e ao afetar negativamente os padrões de comércio e os mercados financeiros. Os fatores-chave que motivam o terrorismo internacional não mostram sinais de melhora nas projeções dos próximos 14 anos. Os especialistas entendem que a maioria dos grupos terroristas internacionais continuará a se identificar com o Islã Radical. [...] “Nossa maior preocupação é que (grupos terroristas) possam adquirir agentes biológicos, ou, menos provável, armas nucleares com potencial de destruição em massa”.³⁶

Nesses casos de perigos invisíveis e dispersos, o aparato jurídico e de segurança pública proposto pelo Estado moderno tem enfrentado, e continuará enfrentando, enormes dificuldades de operar e ser eficaz na identificação e na prevenção dos perigos e riscos, evitando os potenciais danos.

Em tal cenário de incerteza e insegurança – epistemologia da incerteza - os indivíduos buscam quase que, desesperadamente, algum instrumento que lhes dê algum amparo. Trata-se de uma busca quase insana e irracional pela segurança que já não existe mais.

Nesse anseio, queremos que o Direito, particularmente o Penal, reconstitua algo que, na verdade, nunca existiu, ou seja, um cenário de total segurança e nãoviolência.³⁷ E isso se reflete também no Processo Penal e na fase de investigação criminal, preparatória da Ação Penal.

2.2 TEMPO E VIOLÊNCIA

Na contemporaneidade, como se observou, há uma crise dos padrões e modelos estabelecidos, de risco generalizado, em todas as esferas. Conjugado a tais fatores, soma-se o aspecto do “novo”, o qual vem massificado pela mídia e a Internet que operam, via de regra, à velocidade da luz.

³⁶ BLANC, Cláudio; PERES NETTO, Marly. **Relatório da CIA**: como será o mundo em 2020. Tradução de Cláudio Blanc e Marly Netto Peres. São Paulo: Ediuoro, 2006, p. 186-7. Segundo a obra: “A pressão do esforço contraterrorista global, bem como o impacto do avanço da tecnologia da informação, fará com que a ameaça terrorista se torne cada vez menos centralizada, fazendo-a evoluir em um arranjo eclético de grupos, células e indivíduos. Ao mesmo tempo em que terão a vantagem de usar campos de treinamento em diversas partes do mundo, os terroristas precisarão de quartéis para planejar e executar suas operações. Os materiais de treinamento, direcionamento de alvos, instrução sobre operações de armamentos e obtenção de fundos se tornarão cada vez mais virtuais (isto é *on-line*)”.

³⁷ LOPES JR., 2004a, p. 147.

O desconforto gerado pelo “novo” e as consequentes mudanças não é uma situação em si inédita, mas vem agora caracterizada pela escalada da velocidade descontrolada. É possível que os comportamentos agressivos e violentos sejam apenas um dos efeitos colaterais da somatória de todas essas circunstâncias.

Somos perturbados pelo “novo”, mormente porque ele é acelerado. A aceleração torna o próprio “novo”, rapidamente, em passado, pois quando chega ao indivíduo, não raras vezes, já está obsoleto. Já há uma nova (tele)informação a ser assimilada, processada e que exige algum tipo de resposta de nós, que, na maioria das vezes, não conseguimos dar, pois nos falta o tempo para apreender “o novo” e encontrar a solução.

Esse resultado, a aceleração da era da velocidade, para a qual, via de regra, os indivíduos não estão preparados, que se opera em todos os níveis, jurídico, social, cultural e científico, traz-nos, também, o sofrimento da incerteza. Isso ocorre porque somos produto de um modelo e de uma teoria fundamentada no individualismo racionalista, no qual estamos ainda imersos, como indivíduos e como sociedade.

Ou seja, somos orientados ainda pelo tempo da modernidade – aquele em que era possível planejar o futuro, com base no conhecimento científico - do domínio da natureza, da tecnologia e do próprio tempo. Na modernidade, o tempo era arma para a conquista do espaço. Naquela luta, entre espaço e tempo, este era o aspecto flexível e dinâmico. Já o espaço era a face estanque e pesada. Na guerra moderna, o tempo era ofensivo e o espaço era defensivo. Portanto, o domínio do tempo (velocidade de movimento) tornava-se o principal trunfo estratégico, quando se tratava de poder e de dominação.³⁸

Expressão desse modelo de poder foi o projeto de construção de prisões de Jeremy Bentham. O Panóptico de Bentham é a arquitetura metafórica do poder moderno, pois nele os apenados ficam em um lugar determinado, impedidos de movimento, sob observação constante pelos guardas, que podem se mover livremente. Dessa forma, o domínio do movimento/tempo era a fórmula de se conquistar e manter o poder. O Panoptismo não era somente um modelo prisional, mas a materialização da fórmula de poder político da modernidade, o domínio do movimento/tempo era o segredo do poder.³⁹

Mas esse modelo de poder, baseado no controle do tempo, não é mais válido na pós-modernidade ou “segunda modernidade”. Houve uma mudança radical nas relações humanas e na política, devido à aceleração tecnológica. De acordo com Bauman⁴⁰:

³⁸ BAUMAN, 2001, p. 16.

³⁹ FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 165-171.

⁴⁰ BAUMAN, *op. cit.*, p. 17-8.

É o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu “limite natural”. O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade. Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente *extraterritorial*, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço (o advento do telefone celular serve bem como “golpe de misericórdia” simbólico na dependência em relação ao espaço: o próprio acesso a um ponto telefônico não é mais necessário para que uma ordem seja dada e cumprida. Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre o “próximo” e “distante”, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer). Isso dá aos detentores do poder uma oportunidade verdadeiramente sem precedentes: eles podem se livrar dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do Panóptico.

A própria noção de tempo foi modificada. Podia-se identificar e determinar o tempo de duas maneiras, sendo uma subjetiva (consciência) e outra objetiva a do relógio. O tempo subjetivo relacionava-se a momentos de felicidade e tristeza; o tempo de juventude e velhice, passado, presente e futuro. Mas hoje isso mudou. O passado não tem significado, e o futuro é incerto. O tempo significativo, que tem valor e conta é o do presente contínuo.⁴¹

Em se tratando de tempo objetivo, aquele marcado pelo relógio e considerado absoluto, também não passou incólume e foi relativizado. De acordo com a teoria da relatividade de Einstein, o tempo real, o que os relógios mediriam, não é absoluto e universal como se pensava no século XIX. Ele também depende da velocidade e da aceleração, conforme explica Hawking⁴²:

Na teoria da relatividade, cada observador tem sua própria medida do tempo. Isso pode levar ao denominado paradoxo dos gêmeos. Um dos gêmeos (a) parte em uma viagem espacial durante a qual ele viaja próximo à velocidade da luz, enquanto seu irmão (b) permanece na Terra. Por causa do movimento dele, o tempo flui mais devagar na espaçonave, conforme visto pelo irmão na Terra. Assim, ao retornar do espaço, o viajante (a2) descobrirá que seu irmão (b2) envelheceu mais cedo do que ele. Embora isso pareça contrariar o senso comum, várias experiências indicam que, nesse cenário, o gêmeo viajante realmente voltaria mais jovem.

Nesta sociedade, governada pela velocidade, que encurta o espaço e o tempo, o risco está em todos os lugares e atinge a todos, de forma indiscriminada. Alheio a tudo isso, o Direito opera com construções técnicas artificiais, recorrendo a mitos como “segurança jurídica”, numa visão paleopositivista e arraigada no dogma da completude lógica do sistema.⁴³

⁴¹ MIRANDA, 2007, p. 22.

⁴² HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. 5. ed. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2002, p. 11.

⁴³ LOPES JR., 2004a, p. 139.

Entretanto, ainda que respondamos de acordo com o paradigma moderno, sentimos que algo está fora de sintonia, fora do rumo, tateamos no escuro. Essa insegurança e incerteza trazem como consequência certo vazio da alma, o quase nada ou até mesmo o nada, uma vontade quase que incontinenti de viver o presente, o gozo do agora, o ritmo social do presente, o presenteísmo, pois nos falta a perspectiva de futuro.⁴⁴ Nesse sentido, assevera Hobsbawm⁴⁵:

A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem.

Há a necessidade da análise dessas combinações ou associações, de incertezas, vazios de conteúdo, inexistências de futuro, gozos do agora, num contexto de um tempo veloz em que o novo passa a ser velho muito rapidamente. Todas essas circunstâncias nos geram, fatalmente, uma sensação de morte, pessoal e social, e, possivelmente, têm influência relevante no fenômeno da violência atual.

O tema da violência não é de hoje. É uma das grandes discussões da humanidade em todas as searas do conhecimento, fundamentalmente no sentido de entendê-lo e encontrar caminhos para mitigá-lo e, quem sabe, controlá-lo. Mas, sem dúvida, no tempo em que vivemos, assistimos ao seu crescimento de forma geométrica, massificada e massificadora, e, ao que parece, os mecanismos que temos utilizado, até mesmo para compreendê-lo, não têm sido satisfatórios.⁴⁶

Segundo Gauer, a violência é um elemento estrutural, intrínseco ao fato social e não o resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção. Aparece em todas as sociedades e faz parte de qualquer civilização ou grupo humano.⁴⁷

A palavra violência significa constrangimento físico ou moral, uso da força, torcer o sentido do que foi dito, estabelecer o contrário do direito à justiça, negar a livre manifestação do outro, fora da proporção, em sua expressão e conteúdo. Esses padrões de comportamento, componentes da cultura, conduzem a sociedade contemporânea a uma orgia de sadismo e

⁴⁴ MAFESSOLI, Michel. **A transfiguração do político**. Porto Alegre: Sulina, 1997, p. 173-192.

⁴⁵ HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 13.

⁴⁶ Quando nos referimos a mecanismos tradicionais de controle da violência, estamos considerando o aparato legal e operacional que hoje é aplicado ao controle da violência – normas legais, e sistema penal (polícia, Ministério Público, Judiciário e sistema penitenciário).

⁴⁷ GAUER, Ruth M. Chittó; GAUER, Gabriel J. Chittó. (Orgs.). **A Fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 13.

crueledade, que mais aberrante se torna na medida em que passa a ser um elemento do cotidiano.⁴⁸

Por outro lado, de um modo geral, a violência deixa transparecer uma reivindicação de ordenamentos sociais mais justos e denuncia a impotência do Estado, que não consegue cumprir o seu projeto, muitas vezes mais anunciado que desejado, de unificar e equilibrar a sociedade. Um aspecto que deve ser analisado quanto à violência é a influência dos paradigmas da modernidade e do individualismo como elementos formadores do modelo social atual, bem como das estruturas de poder e de Estado. É importante observar que os Estados nacionais modernos montaram-se com dissolução dos poderes tradicionais, inclusive o de punir.⁴⁹

Na Idade Média, o poder de punir concentrava-se na pessoa do soberano, que exercia seu poder através da punição pelo suplício público dos criminosos, dando visibilidade máxima, dessa forma, ao poder real. Mas esse sistema foi sendo abandonado na medida em que o Estado absolutista enfraquecia e a “humanização” da sociedade se consolidava.

Conforme Foucault⁵⁰:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. [...] Desaparece, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva.

Na modernidade, o poder de punir tornou-se uma estratégia de dominação, com disposições, manobras, táticas e técnicas de funcionamento, que retratam uma rede de funcionamentos tensos e complexos, relação onde todo o corpo social é vigiado e controlado. O aparelho da justiça criminal vai focar-se a partir do fim dos castigos corporais na pena incorpórea, ou seja, não quer mais somente o corpo do condenado, mas também e principalmente a alma.⁵¹

O novo sistema penal, conceituado pelos grandes códigos do século XIX, como um processo global de dissolução do poder que levou os juízes a julgarem coisas diferentes da ação criminosa: o poder de julgar, em parte, foi transferido a instâncias que vão além da

⁴⁸ GAUER, 2003, p. 14

⁴⁹ *Ibid.*, p. 16

⁵⁰ FOUCALT, 1999, p. 12-16.

⁵¹ *Ibid.*, p. 18-19.

atribuição dos magistrados do fato delituoso. No imaginário social, o poder de punição é identificado por meio de outros aparelhos de Estado, como a polícia, peritos e funcionários da administração penitenciária. Isso tudo para se eximir o juiz do encargo de ser aquele que, pura e simplesmente, impinge o castigo.⁵²

Com o racionalismo da modernidade, foi possível teorizar a concepção atual do individualismo e, a partir dele, toda a abstração contratualista que fundamentou o Estado moderno. Surge, então, um novo humanismo, independente da tutela da religião. A antiga ideia de comunidade holística, unida por vínculos afetivos e míticos, foi substituída pela sociedade⁵³ e, a partir da sociedade medieval, o conceito de “indivíduo”,⁵⁴ de acordo com a concepção atual, passa a se formar.

Essa atomização do indivíduo, tal como referida por Dumont, fez prevalecer uma tensão contraditória. Por um lado, a emancipação do indivíduo gerou o individualismo arrebatado; por outro, uma coletivização ao extremo, isto é, o nivelamento de todas as diferenças⁵⁵ conduziu à pior das tiranias. Eliminou-se o “caráter carismático” do vínculo social e os laços de solidariedade que unia as comunidades e permitia toda a estruturação social. A nossa tradição ocidental é hoje uma consequência dessa racionalização, iniciada em fins do século XVIII, que se caracterizada agora por uma “civilização legal”.⁵⁶

Com objetivo de se criar conceitos artificiais, jurídicos e sociais, de igualdade entre os indivíduos, pode-se dizer que na modernidade a alteridade passa por um processo de extermínio. Afirma Baudrillard que a liquidação do outro é duplicada por uma síntese artificial da alteridade, cirurgia estética radical, da qual a do rosto e a do corpo não são outra coisa senão o sintoma. Com a modernidade, entra-se na era da produção do outro. Não se trata de o devorar, de o seduzir, de rivalizar com ele, de o amar ou de o odiar, e sim, em primeiro

⁵² FOUCAULT, 1999, p. 20-23. Segundo o autor, os juízes hoje julgam além do fato e de seu autor: “O que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deverá ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade? Como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade? Que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido? Todo um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso, encontrou acolhida no sistema de juízo penal”.

⁵³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A violência na desconstrução do indivíduo. *In: A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 128.

⁵⁴ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma visão antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p.73 seg.

⁵⁵ GAUER. Ruth M. Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 9-18. Nesse texto, a autora discute justamente essa questão da homogeneidade forçada que surgiu na humanidade a partir do racionalismo moderno, bem como suas ideias totalizantes. A autora aponta as falhas desse modelo, o qual se utilizou do Direito para ser implementado, e a reação das pessoas que hoje buscam a heterogeneidade, inclusive por meios violentos.

⁵⁶ DUMONT, *op. cit.*, p. 73-91.

lugar, de o produzir. Já não é um objeto de paixão; é um objeto de produção.⁵⁷

A razão moderna fez com que os mitos das comunidades holísticas fossem desprezados como elemento de comunicação e fator de coesão do grupo, de transmissão de valores. Ignorou-se o sentido do mito como forma de linguagem que perpassa o tempo e o espaço.

O mito, conforme Paz oferecia e oferece uma solução aos conflitos sociais por meio de um sistema de símbolos que operam à maneira dos sistemas de lógica e da matemática.⁵⁸ O grupo social que elabora o mito ignora o seu significado, mas, mesmo assim, há a comunicação e a transmissão das tradições da comunidade. O mito é uma forma de correlacionar fatos dispersos no tempo e no espaço.⁵⁹

Além disso, como afirma Eliade, o mito surge como primeiro mediador do sagrado. Sua função é fixar os modelos exemplares de todos os ritos e de todas as ações humanas importantes. O mito é o modelo formal que relata como as coisas são organizadas e estruturadas entre elas, como é que se tornam um todo coerente, uma ordem inteligível, um “cosmo”. O espaço e o tempo sagrados devem seu caráter particular ao mito, uma vez que este é uma história que respeita as origens do mundo, em sentido geral.⁶⁰

A noção linear do tempo é a característica da concepção moderna do mundo, de forma profana e sem valor trans-histórico, sendo a história a substituição dos acontecimentos do mito (isto se deu via judaico-cristianismo). Por isso, o homem moderno vive desorientado, em paradoxo, “por um lado, o seu nível histórico, organizado segundo um esquema a uma situação alienante e, por outro lado, o seu nível mítico, quer dizer, uma estrutura psíquica profunda, organizada de acordo com um esquema simbólico”.⁶¹

Nesse contexto de desorientação, o homem moderno tenta reencontrar-se com o sagrado, no caso, o político. Conforme afirma Maffessoli, isso se dá através de uma *transfiguração do político no doméstico, emocional, afetual*, pois como ele denuncia, a razão da modernidade transformou-se em instrumento de controle, expulsou as manifestações não racionais e afetivas, a cultura do sentimento.⁶²

⁵⁷ BAUDRILLARD, Jean. **O crime perfeito**. Lisboa: Relógio D'água, 1996, p. 151.

⁵⁸ PAZ, Octávio. **Claude Lévi-Strauss ou o novo festim de Esopo**. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 26- 33.

⁵⁹ MAFESSOLI, Michel. **A violência totalitária**. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 105.

⁶⁰ ELIADE, Micea. **O reencontro com o sagrado**. Lisboa: Nova Acrópole, 1983, p. 20. Com relação aos mitos, cabe pontuar que a maioria ou quase a totalidade dos rituais míticos utiliza e sempre utilizou substâncias entorpecentes e alucinógenas, mas estas ficavam adstritas a determinadas pessoas e momentos, e isso era aceito e respeitado pelos demais integrantes do grupo. Na sociedade moderna e racionalista, saíram os mitos e rituais, mas permaneceram as substâncias entorpecentes e alucinógenas. E nessa circunstância tornaram-se um problema de saúde pública, uma vez que passaram a ser usadas de forma indiscriminada.

⁶¹ *Ibid.*, p. 36-40.

⁶² MAFESSOLI, 1997, p. 83-117.

Mas hoje há manifestações alternativas ao indivíduo: a massa, o retorno da comunidade, a tribo e suas estratégias no cotidiano para resistir ao domínio do que se chama de horror do poder. Nesse sentido, fala-se a respeito do atual desmonte dos projetos futuristas empenhados em oferecer à sociedade grandes ideais, as utopias clássicas que desabaram – as do comunismo, por exemplo. Para compreendermos a nossa época, é preciso ver que o indivíduo e o individualismo, este teórico ou metodológico, base de sua racionalização, não fazem mais sentido.⁶³

Há uma saturação da ordem distintiva racional, mecânica. Então se modernidade e as suas racionalizações mataram Deus (o sagrado não racional), parece que o indivíduo ultrahomem também está moribundo.⁶⁴ Mas nós não conseguimos viver sem Deus, sem o sagrado, o religioso, o mítico. E nesse sentido Mafessoli atribui *ao nós, à massa* atual, as qualidades de Deus. A energia vital, um dom de Deus, é uma boa metáfora da força suscitada pelo grupo. Por outro lado, os fenômenos atuais de histeria coletiva ou os *mimetismos delinquentes* também são exemplos paroxísticos e inquietantes disso.⁶⁵

O enfraquecimento da ideologia (mito), segundo o autor, origina o desencantamento com o político e outras *formas suicidas*, tendentes a fazer do Estado uma realidade exterior. Uma vez perdidos os polos de referência, o corpo social, sem equilíbrio, só pode explodir. Isso com certeza é um componente a ser levado em conta quando se trata do fenômeno da violência vivida nos tempos atuais pela sociedade.⁶⁶

Desse modo, somando-se à crise da modernidade e do individualismo, há que serem considerados o tempo e a velocidade, os quais parecem ser os grandes motores da nossa era, como já foi pontuado. O homem contemporâneo, que não tem projeto nem modelo para o futuro, que vive a nadificação, interage com o tempo e com a velocidade das tecnologias (exemplo a realidade virtual) que a ciência moderna desenvolveu, mas que, imediatamente, perdeu o controle sobre eles.

Sobre esse vazio que atinge o homem na sociedade atual, afirma Lopes Jr.⁶⁷:

Mais do que isso, é a nadificação do nada, pois o passado não existe, uma vez que já não é; nem o futuro, já que ainda não é. E o presente divide-se num passado e num futuro que não existem. Logo, é o *nada, pois entre dois nada: o tempo seria essa nadificação perpétua de tudo.*

⁶³ MAFESSOLI, 1997, p. 83-117.

⁶⁴ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 172-4.

⁶⁵ MAFESSOLI, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 217-27.

⁶⁷ LOPES JR., 2004a, p. 144.

Para Virilio, a telepresença dos meios de comunicação atuais criam uma tele-realidade. O valor real do objeto ou do sujeito depende apenas do trajeto, da velocidade de sua imagem. O advento do trajeto real em detrimento do objeto e do sujeito reais, do primado da imagem sobre a coisa e da supremacia do tempo sobre o espaço real, é uma manifestação significativa do caráter ondulatório da realidade. A luz indireta, que possibilita a telepresença e suplanta a luz direta da eletricidade e até mesmo a luz natural, cria a *luz do tempo*, pois o tempo real das teletransmissões se sobrepõe ao espaço real.⁶⁸

Ficamos estacionados na frente da tela, da televisão e do computador, com a sensação virtual de movimento e de presença total, inertes e, do nosso trono virtual, contemplamos um mundo com aparência de realidade. Isso é o que a tecnologia atual nos proporciona, que Virilio chama de *Inércia Polar*. Contentamo-nos com trocar o vivo pelo vazio da rapidez. A inércia comportamental, não só da esclerose devido ao envelhecimento, à perda de reflexos, mas devido à velocidade, ao declínio da espessura espacial das atividades imediatas, acarretará uma fixidez patológica que atingirá a humanidade, mais cedo ou mais tarde.⁶⁹

O ser humano, segundo Gauer, redescobre hoje que essa aceleração, iniciada nos finais do século XVI, atinge tanto os indivíduos como as sociedades e suas organizações. A vida é, sem dúvida, movimento inscrito em um tempo socialmente construído, sem retorno. É movimento, o equilíbrio que podemos encontrar no movimento é essencialmente dinâmico. Mas o dinamismo também é a força dessa humanidade, na sua inovação, sustentada pelas diversas esferas de metamorfoses biopsicosociais.⁷⁰

Os indivíduos percorrem trajetórias em espaço/tempo a quatro dimensões. E por meio da intencionalidade, memória, consciência e intuição optam por escolher determinadas trajetórias baseadas em suas experiências. Nesse sentido, intencionalidade significa que qualquer opção não se realiza em si mesma, senão através da unidade identificável do sentido da procura. No mundo da aceleração, com suas alucinações, há apenas o olhar limitado do que é visível: um mundo que parece ser completo, mas é apenas parcial, relativo à posição do observador.⁷¹

A telepresença não só permite isso quanto complexifica a questão da percepção própria. Conforme Gauer⁷²:

⁶⁸ VIRILIO, Paul. **A inércia polar**. Lisboa: Dom Quixote, 1990, p. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁰ GAUER, Ruth M. Chittó; GAUER, Gabriel J. Chittó. (Orgs). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. ix-x.

⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

⁷² *Ibid.*, p. 18.

A economia já é gerida a distância, é a desnaturação do presente-vivo convertido em Tele-Presente-Vivo. A lei que um determinado corpo não pode estar presente no espaço onde há outro corpo já está defasada. A telepresença não só permite isso quanto traz a questão da *Propriopercepção*: é a presença onde se situa? Onde estou se estou em toda parte? A questão não será mais quem sou eu, mas onde estou eu? O ser torna-se incerto quanto a sua posição no espaço e indeterminado quanto ao seu verdadeiro regime de tempo. Eis a inércia da natureza relativista.

Nesse sentido, Mafessoli diz que a oportunidade e o momento vivido, representam a alternativa absoluta à filosofia da história ou do progresso lentamente elaborado ou longo da modernidade, mas que já estão desacreditados. Como não existe futuro, deve-se viver tudo agora, da maneira mais intensa possível.⁷³

Indiscutível, portanto, que nessa sociedade complexa em que vivemos, regida pela velocidade e dominada pela lógica do tempo curto, toda essa aceleração potencializa o risco. Nesse contexto complexo do tempo, da velocidade e da sociedade sem futuro, em que o risco está em todas as atividades e atinge todos, de forma indiscriminada, podemos afirmar que, sem dúvida, a agressividade e a violência exacerbam-se.⁷⁴

Vivemos, então, em uma sociedade que perdeu os valores morais tradicionais, cristãos, como referência, mas ainda não encontrou outros valores para ocuparem aquele espaço, o qual se tornou um vazio, conforme afirma Comte-Sponville.⁷⁵ Assim, desejamos uma moral *à la carte*, ou seja, *por encomenda*, para cada situação do dia a dia. Ou seja, normas indolores, que não exijam sacrifício pessoal algum, conforme afirma.⁷⁶

Na época em que o tempo nos falta, em que se quer a satisfação dos desejos sem qualquer abnegação, os benefícios devem ser obtidos em curto prazo, pois na lógica da aceleração qualquer demora é vista como um sofrimento insuportável. Isso nos conduz na afirmação de Lopes Jr., a um individualismo infantil, sem regras, sem limites, desestruturado e sem futuro.⁷⁷ Não sabemos lidar com o tempo e a recusa. Pois estamos inseridos no tempo da urgência, da satisfação do desejo, onde qualquer demora é um retardo doloroso e insuportável. Não a queremos e não precisamos esperá-la.⁷⁸

Em condições de existência, em que a luta pela vida não é apenas um afrontamento *espacial*, mas também uma *competição temporal*, que se exprime em termos de velocidades

⁷³ MAFESSOLI, 1997, p. 190.

⁷⁴ LOPES JR., 2004a, p. 144.

⁷⁵ COMTE-SPONVILLE, André. **Uma moral sem fundamento**. In: A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, p. 133-153.

⁷⁶ LIPOVETSKY, Gilles. A era do após-dever. In: **A sociedade em busca de valores**. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, p. 35-6.

⁷⁷ LOPES JR., *op. cit.*, p. 144.

⁷⁸ BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. In: **A sociedade em busca de valores**. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, p. 51-58.

relativas, a violência quase fora de compreensão e controle que vivemos não é justificável, mas há que ser vista quase como uma consequência natural.⁷⁹

Neste tempo em que a herança dos antepassados deixou de se refletir nos descendentes, no qual o vácuo promovido pela atual velocidade leva ao vazio absoluto, a ausência da ilusão tradicional está acompanhada de uma descrença dos critérios de verdade. As lutas entre diferentes ordens de valores geram polaridades e reagrupam atitudes, sentimentos e práticas a encontrarem-se em constantes tensões. Isso nos leva a pensar sobre o cansaço da civilização, talvez um dos elementos para diagnosticar nossas vivências em margens indefinidas, ambíguas, polifacetadas, próprias para compreensões ou compressões subjetivas.⁸⁰

É nessa sociedade que nós, os indivíduos, com nosso modelo de mundo, de tempo e de velocidade da modernidade, precisamos encontrar meios de sobreviver, física e emocionalmente. Então buscamos nos associar em comunidades, tribos, gangues, facções. Dessa complexa equação surge a violência, de uma forma inédita, mas que pode ser compreensível, desde que se parta de uma visão multifacetada.⁸¹

Há que se reconhecer que o despertar da violência nos moldes atuais, sem dúvida, está intimamente ligada à crise de paradigma e de valores vividos pela sociedade dos indivíduos, associada à questão do tempo e da velocidade, conforme explicitado. Do mesmo modo, vislumbra-se claramente que tais aspectos trazem consequências na investigação preliminar e no Processo Penal, aos quais se quer impingir um caráter emergencial, com a busca exacerbada de medidas cautelares – prisões provisórias que antecipam a pena, por exemplo - e “aceleração procedimental”.⁸²

2.3 CRISE DA RAZÃO JURÍDICA MODERNA E A CRISE E (DES)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

No contexto da sociedade do risco, perigo e violência, até como consequência dela, verifica-se uma profunda e crescente crise do Direito. Essa crise se manifesta de diversas formas e

⁷⁹ GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. *In: A sociedade em busca de valores*. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, p. 103-116.

⁸⁰ GAUER, 2003, p. 33-34.

⁸¹ *Id.*, 2006, p. 15.

⁸² LOPES JR., 2004a, p. 139.

em múltiplos planos. *É o que Ferrajoli chama de Crise do Direito e da razão jurídica.*⁸³

Sobre a influência da razão jurídica na formação da sociedade, bem como os resultados da sua eventual crise, Gauer⁸⁴ afirma que:

A tradição ocidental manifesta-se hoje como uma consequência do processo de racionalização, que iniciou em fins do século XVIII, e é caracterizada por ser uma “civilização legal”. No entanto, toda a legislação moderna que tenta coibir a violência não tem alcançado seus objetivos. A língua geral da lei parece não ecoar na violência da sociedade contemporânea. É como se fosse uma visitante recém-chegada a uma cidade que desconhece totalmente o seu significado.

A ideia da racionalidade jurídica, mormente do poder punitivo, consolidou-se com o modelo liberal do contrato social do século XVIII. Ele visava fundamentalmente à busca da proporcionalidade das penas, controle e limitação do poder estatal.

Esse modelo gerou grande expectativa positiva, principalmente pelo fato de estar vinculado à racionalidade técnico-científica da época, lógica que está associada ao que se convencionou chamar de modernidade. A modernidade pode ser descrita como um modo de vida e um modelo de organização social que se estabeleceu na Europa no período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, o qual passou a influir mundialmente com o advento da globalização.⁸⁵

Essa proposta racional e científica da modernidade objetivava a felicidade plena da humanidade, a qual seria alcançada com a subjugação da natureza pela ciência, método experimental das ciências naturais. Era uma proposta de satisfação ilimitada de desejos e necessidades, por meio do método científico. Essa lógica, da racionalidade científica, como não poderia deixar de ser, foi transportada para o Direito e particularmente para a justiça criminal. No caso das condutas criminosas, o modelo de felicidade plena, de acordo com uma visão racional e civilizada, consistiria em extirpar da sociedade, e do próprio sistema de administração da justiça

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *In: Derechos y garantías*. La ley del más débil. Perfecto Andrés Ibanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 15.

⁸⁴ GAUER, 2006, p. 16-17.

⁸⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 43. Segundo o autor, citando GIDDENS (1991, p. 11), “A modernidade na tradição ocidental tem sido definida pelo progressivo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica ou tecnológica sobre sistemas de controle social e cultural, do universalismo sobre o particularismo e da produção sobre a reprodução. A modernidade sempre definiu a si própria por seu conflito com aquilo que considera como irracionalidade, desde costumes até privilégios, desde todas as formas de adscrição até religião. A modernidade nunca foi considerada apenas como uma série de transformações materiais, ou como o resultado de uma crescente densidade social; sempre foi associada, desde o Renascimento e a Reforma até o Iluminismo, o Positivismo e o Cientificismo, a uma luta constante dos agentes do progresso contra obstáculos a mudanças necessárias. A modernidade é a expressão historicista da “razão objetiva”. Ao invés de contemplar um mundo racional criado por um logos e ajustar-se a suas leis, o homem moderno cria um novo mundo e uma nova imagem do homem, que é definida pelo poder criativo que ele conquista quando compreende as leis da natureza e as utiliza para fortalecer seu controle das forças naturais”.

penal, toda e qualquer forma de violência.⁸⁶

Mas o projeto racionalista não alcançou o êxito prometido e entrou em crise.⁸⁷ Essa crise pode ser situada em três aspectos: a primeira é uma *crise da legalidade*, que se refere ao cumprimento das regras pelos gestores dos poderes públicos, falta ou ineficácia de controles sobre o exercício do poder. No caso da Itália, França e Espanha, em que inúmeros inquéritos judiciais vieram à tona, evidenciou-se a corrupção que envolve a política, a administração pública, as finanças e a economia. É quase um Estado paralelo, em que aparecem os partidos políticos e suas organizações, bem como *lobbies* de negócios, que têm suas próprias regras e funcionam à revelia do aparato legal.⁸⁸

A respeito da crise da sociedade atual e da sua relação com o problema da corrupção, Souza⁸⁹ pontua que:

Uma sociedade onde as pessoas não sejam propriamente pessoas, mas sujeitos e objetos de ciclos de produção, consumo e obsolescência, na qual cada um se percebe com engrenagem da “máquina”, a corrupção é um dos fenômenos mais demonstrativos e candentes. Nenhuma sociedade não inclusiva e que convive com fenômenos de dimensões *inumanas* ou *desumanas* (em seus mais diversos e variados aspectos, como, por exemplo, a miséria estrutural, a fome crônica ou a indigência educacional de amplas camadas da população) em seu interior *como* se elas fossem *naturais*, não pode esperar senão, mais cedo ou mais tarde, ter de conviver com as dimensões terríveis de um fenômeno de corrupção também “*naturalizado*” e de inteligibilidade, como de combate, extremamente difícil.

Essa crise de legalidade do Estado Social evidencia-se pela inflação, expansão legislativa, e na pressão dos interesses de setores e corporações. Também na perda da generalidade e abstração das leis. Há um excesso de legislações extravagantes aos códigos e de um desenvolvimento de legislação fragmentária, em função de fatos isolados, geralmente direcionado a casos emergenciais e de exceção, mormente na seara criminal. A respeito dessa

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 28-30. O autor afirma ainda que “O projeto sanitarista de erradicação da criminalidade-violência, na busca de eliminar os últimos resquícios de barbárie da civilização ocidental, transmutou-se, ele próprio, na brutalidade de um sistema policialesco genocida”.

⁸⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. Sobre as origens das filosofias do diálogo: Algumas aproximações iniciais. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 6-7. Souza questiona: “O que vive a civilização ocidental no período de transição entre os séculos XIX e XX?”. Responde que “caracterizemos esta fase de transição como uma fase eminentemente *crítica* da história. A entrada em ciclo civilizatório predominantemente “pessimista”, em termos de uma racionalidade esclarecedora, que se anunciava pelos menos desde meados do século XIX, reflete a insegurança das bases racionais do presente momento da história ocidental – o que Husserl porventura chamaria de a “crise das ciências europeias”.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *In: O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89.

⁸⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade variável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 116-7.

perspectiva expansivista do Direito Penal, na atualidade vale referir os ensinamentos de Meliá⁹⁰:

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito da “expansão” do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução das legislações penais do “mundo ocidental” está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.

A inflação legislativa e a incoerência na sistematização geram uma incerteza generalizada, além de favorecerem a falta de elaboração de um Sistema de Garantias dos Direitos Sociais, equiparável ao Sistema de Garantias da Propriedade e da Liberdade. Isso representa um fator de falta de eficácia do Direito, além de um componente que contribui para o aumento da corrupção e da ilimitação do poder. Nesse contexto, vislumbra-se um modelo político-criminal de um “Direito penal da colocação em risco”, com traços nitidamente contrários ao paradigma liberal, bem como de característica notoriamente simbólico.⁹¹

A respeito dos efeitos dessa crise sobre a persecução criminal, mormente sobre o processo penal brasileiro, assevera Giacomolli⁹²:

Na atualidade, também observamos leis superpostas, antitéticas, desvinculadas da Constituição Federal, mesmo engendradas após sua entrada em vigor. [...]. Isso produz uma crise de identidade do processo penal e um choque hermenêutico, na medida em que, segundo o segmento que parte das leis ordinárias na aplicação processual, em detrimento da constituição, a estrutura fascista que permeia do Código de Processo Penal continua legitimada.

Outro vetor dessa anunciada crise é a que se refere à inadequação estrutural das formas do Estado de Direito aos primados do *Welfare State*.⁹³ Esse aspecto se agrava pela acentuação de seu caráter seletivo e desigual, devido à crise do Estado Social. A crise se relaciona à contradição entre o modelo clássico do Estado de Direito, fundado nas garantias da individualidade, presença negativa do Estado, e o Estado Social. Este, por outro prisma,

⁹⁰ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (Org.). Trad.: André Luís Calegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55-6.

⁹¹ *Ibid.*, p. 57.

⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 213.

⁹³ AZEVEDO, 2006, p. 44. A respeito desse conceito, o autor tece o seguinte comentário: “A legitimidade do Estado é conferida pelo império da lei (dominação racional-legal), e o Estado atua, a partir de sua consolidação nos países capitalistas avançados em finais do século XIX, através de políticas previdenciárias e da intervenção regulatória no mercado, medidas que chegam ao seu ápice com o keynesianismo, doutrina que assinala a passagem do modelo de Estado liberal ao Estado Social ou *Welfare State*”.

demanda aos poderes a satisfação de direitos sociais, a presença positiva do Estado.⁹⁴

A crise também se evidencia no modelo do Estado Nacional, com a mudança dos lugares da soberania e alteração do sistema de fontes do constitucionalismo. O processo de integração mundial – globalização - especificamente a europeia deslocou para fora dos confins dos Estados nacionais os centros de decisão reservados as suas soberanias, em matéria militar, de política monetária e social. Desse modo, o Estado não consegue desempenhar seu papel tradicional de regulador da sociedade e, na seara jurídica, há quebra das formalidades normativas e legais e um processo de desconstitucionalização dos Estados.⁹⁵

Nesse sentido, Ferrajoli⁹⁶ afirma o seguinte:

E embora este processo mova-se em direção à superação dos velhos e cada vez menos legitimados e legitimáveis Estados nacionais e das tradicionais fronteiras estaduais dos direitos de cidadania, isso está por ora pondo em crise, na ausência de um constitucionalismo de Direito Internacional, a tradicional hierarquia das fontes.

Essa crise do Direito corre o risco de traduzir-se em uma crise da democracia. Ela equivale à crise do *Princípio da Legalidade*, da sujeição do poder público à lei, no qual se fundam tanto a soberania popular como o Estado de Direito. Ela se resolve pela reprodução de formas neoabsolutistas do poder público, carentes de limites e de controles, e governadas por interesses ocultos. Nesse diapasão, é sugerido que o Direito, particularmente o criminal – Penal e Processual Penal - seja a solução milagreira para toda a espécie de problemas econômico-sociais e políticos. Cria-se uma ilusão de que a única maneira de enfrentar o fenômeno criminal é com o incremento legal-repressor.⁹⁷

Como resultado, há uma crise da capacidade regulativa do Direito devido à complexidade das sociedades contemporâneas. Isso ocorre em face das múltiplas funções do Estado Social, a pluralidade das fontes normativas e de sua subordinação a imperativos sistêmicos de tipo econômico, tecnológico e político. A ineficácia dos controles e a irresponsabilidade dos poderes públicos gerariam, segundo Luhmann, Teubner e Zolo, uma crescente incoerência, falta de plenitude e ineficácia do Sistema Jurídico.⁹⁸

Disso resulta um debilitamento da função normativa do Direito e, em particular, a quebra de suas funções limites e, portanto, de garantia dos direitos fundamentais. Essa crise

⁹⁴ FERRAJOLI, 1999, p. 90.

⁹⁵ BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle do crime organizado na sociedade contemporânea. *In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 262.

⁹⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁷ GIACOMOLLI, 2006a, p. 215.

⁹⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 91

do modelo racionalista gerou reflexos penal-expansionistas nos próprios textos constitucionais.⁹⁹ Nesse sentido, observa Carvalho¹⁰⁰:

A crise no sistema de garantias individuais, agregada ao modelo de desmonte do Estado de bem-estar pelas políticas econômicas contemporâneas, produz profunda alteração no sistema jurídico, afetando, inclusive, a estrutura do texto constitucional. A propósito, é possível perceber que a expansão do direito penal, com a inerente deformação da sua matriz de garantias, é incorporada pelas Constituições contemporâneas que positiva os direitos transindividuais e, não esporadicamente, determinam que sua tutela seja realizada através da sanção criminal.

Por outro lado, Ferrajoli afirma que nossos sistemas não poderiam ser de outro modo. O ponto fundamental estaria no *ser* e no *dever ser*. A questão não é *ser e dever ser*, mas a necessidade de uma aproximação realista do Direito e correto funcionamento das instituições jurídicas. Assim, nada há de determinista e inevitável, nem de sociologicamente natural na ineficácia dos direitos e na violação sistemática das regras, bem como no caos normativo e na proliferação das fontes dos Direito, na incerteza e incoerência dos ordenamentos.¹⁰¹

O perigo para os direitos fundamentais e de suas garantias depende hoje não somente da crise do direito, mas também da Crise da Razão Jurídica. O problema não é só o caos normativo e da ilegalidade difusa, mas também da perda de confiança nessa Razão Artificial - Razão Jurídica Moderna - calcada no Paradigma Teórico da Modernidade. Todavia a situação do Direito no Antigo Regime era muito mais caótica. Hoje o quadro não é mais difícil que a encontrada pelo iluminismo jurídico quando da codificação sob o Princípio da Legalidade. Em relação ao Juspositivismo Clássico, a Razão Jurídica atual tem a vantagem do Constitucionalismo do séc. XIX, que trouxe o Direito como um Sistema Artificial de Garantias preordenado à tutela dos direitos fundamentais.¹⁰²

A função de garantia do Direito atual é possível pela complexidade de sua estrutura formal, que nos modelos de Constituição Rígida têm uma dupla artificialidade: a) o caráter positivo das normas produzidas - do positivismo jurídico; b) pela sujeição da produção das normas ao Direito - não só normas formalizadas, mas submetidas a certos princípios do

⁹⁹ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 61. A respeito dos mandatos de criminalização no nosso atual texto constitucional, o autor afirma: “No que diz respeito à expressa incorporação constitucional de matérias atinentes ao Direito Penal, a Constituição brasileira de 1988 apresenta-se como um dos exemplos mais eloquentes. Por mais de uma centena de vezes, utilizam-se expressões que dizem respeito com o Direito Penal [...]”.

¹⁰⁰ CARVALHO, 2006a, p. 88.

¹⁰¹ FERRAJOLI, 1999, p. 93.

¹⁰² *Ibid.*, p. 18.

Estado Constitucional de Direito.¹⁰³

Há diferenças entre um *Estado de Direito* de um *Estado Constitucional de Direito*. Em virtude da estrutura formal do Direito, o *ser, a existência* do Direito não pode vir da *moral*. Portanto os nossos juízos morais, valorações subjetivas não existem enquanto *lei/norma* para a sociedade.¹⁰⁴ O direito é o que os homens pensam, e o que é posto ou feito pelos homens, não tem uma origem divina, mas é como os homens *querem*.¹⁰⁵

Um Estado Constitucional de Direito, como um sistema voltado para a defesa das garantias, postula um novo modelo para o Direito. Ele deverá ir além do plano meramente formal (simples legalidade), buscando atingir o substancial (estrita legalidade). Somente será legítimo o poder que adotar conteúdos substanciais (garantia dos direitos fundamentais) dos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito. Nesse paradigma não se tem apenas uma fiscalização sobre a forma, mas também, principalmente, sobre o conteúdo das normas legisladas.¹⁰⁶

A atual proposta de “Estado de Direito” deve ser revista diante da globalização e de outras complexidades da sociedade, buscando-se um novo conceito, qual seja, o “Estado Constitucional de Direito”. Esse novo paradigma quer a vinculação irrestrita dos poderes de estado às normas da Constituição.

Nesse sentido, vale trazer as palavras de Cademartori¹⁰⁷:

[...] a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – e estarão situadas acima dos poderes do Estado, e fora do campo de ação e conflitos políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normalidade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.

Por outro lado, devido à estrutura substancial do Direito, o dever ser, a “validez”, do direito positivo, é um sistema de regras que disciplinam as opções do que é dogmatizado,

¹⁰³ FERRAJOLI, 1999, p. 93-4.

¹⁰⁴ FELDENS; SCHMIDT, 2005b, p. 49. Segundo o autor: “Em um Estado laico (secularizado), fundado na soberania popular, o Direito Penal não tem como missão “aperfeiçoar” moralmente os cidadãos, sob os auspícios do Estado Social e Democrático de Direito, comportamento criminoso que não se confunde com comportamento pecaminoso.”

¹⁰⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 93-4.

¹⁰⁶ FELDENS; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27-28.

escrito, escolhido e legislado. Assim, o Direito é pensado, escolhido, de acordo com valores ético-políticos – aspecto substancial –, sob pena de impugnação da norma produzida.¹⁰⁸

Não é só requisito da existência (o ser), mas também o da validade (o dever ser), que são considerados. Essa dupla artificialidade não só condiciona a produção jurídica, mas é condicionada. A própria legalidade positiva estará condicionada a vínculos jurídicos formais, além de substanciais. Então o *Sistema Garantista*, com essa dupla artificialidade, confere o papel de garantia em relação com o direito legítimo. A lei é vinculada aos princípios das Constituições, cuja elaboração é de responsabilidade da cultura jurídica. Esse *modelo* altera diversos planos do positivismo clássico: na teoria do Direito, revisa a teoria da validade, numa nova relação entre forma e substâncias das decisões. Na teoria política, revisa a concepção de democracia, com o reconhecimento de uma dimensão substancial.¹⁰⁹

Nesse sentido, acentua Ferrajoli¹¹⁰:

E, todavia, em sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de direito equivale à democracia, no sentido de que reflete, além da vontade da *maioria*, os interesses e necessidades vitais de *todos*. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto.

Esse modelo filosófico-político de garantias ainda não está implantado principalmente nos países das repúblicas modernas, que buscam alcançar o nível de Estados de Direito. Alguns deles, como é o caso do Brasil, podem ser classificados, sob o ponto de vista político-jurídico, como de modernidade não completada. Sobre o alcance político-democrático desse paradigma, importa salientar as colocações de Wunderlich e Oliveira¹¹¹:

¹⁰⁸ FELDENS; SCHMIDT, 2005b, p. 34-5.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, 1999, p. 94.

¹¹⁰ *Id.*, 2002, p. 693.

¹¹¹ WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Mores. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re)afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. In: **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do departamento de direito penal e processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. (Coord.). Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 64-5.

Visa-se, com ele, a uma reestruturação do próprio Estado que, a partir das constituições democráticas, passa a necessitar uma teoria do Estado como uma teoria do Estado Constitucional de Direito. Cabe lembrar, por oportuno, que a adoção da teoria do garantismo, principalmente na esfera penal – foco (ainda) muito vivo de violações dos direitos humanos, sobretudo pela repugnante ausência de técnica legislativa, e pela descodificação penal -, é imperiosa para que se possa construir uma sociedade (verdadeiramente) *aberta, plural e multicultural*, onde o controle da violência/criminalidade não seja marcado pela divisão entre “cidadãos de bem” e os supostos “inimigos”.

A alteração da Teoria do Direito, dá-se, em contraponto a grandes teóricos do Direito, no que diz respeito à confusão entre existência e validade. Kelsen, por exemplo, resolve essa aporia afirmando que se a norma existe é válida enquanto não for derogada.¹¹² Essa é uma visão simplificada da legalidade num Estado Constitucional de Direito, pois há uma diferença entre a produção formal e a produção substancial da norma jurídica. Uma norma, por mais que exista formalmente ou tenha vigência, pode ser inválida e suscetível de anulação, por contraste com uma norma substancial.

Conforme Ferrajoli, Kelsen confunde derrogação com anulação e, o que é mais grave, reduz o dever ser ao ser do Direito, valorando que todas as normas vigentes são válidas. Diz que essa aporia é resolvida quando se abandona a concepção paleopositivista da validez, quando se ignora a sujeição do Direito ao substancial. Assim, a existência de normas inválidas pode ser explicada, distinguindo-se a vigência ou existência, referente à forma dos atos normativos, em conformidade com as normas formais sobre sua formação, da validez, relativa ao significado e conteúdo da norma e que depende da coerência com as normas substanciais de sua produção.¹¹³

O paradigma do Estado Constitucional de Direito é a dupla sujeição do Direito ao Direito, que afeta ambas as dimensões do fenômeno normativo: a vigência e a validade. No garantismo, necessita-se, também, de uma Racionalidade Material, orientada para fins próprios do Estado Social Moderno. Conforme essa concepção, todos os direitos fundamentais, não apenas os Direitos Sociais, mas também os Direitos de Liberdade, equivalem a vínculos de substância e não de forma, expressando, ao mesmo tempo, os fins a que está orientado o Estado Constitucional de Direito.¹¹⁴

Assim, Kelsen não nega o conceito teórico de “direito válido”, conforme o princípio metacientífico do positivismo jurídico, expressado quando discorreu acerca da separação entre

¹¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-6.

¹¹³ FERRAJOLI, 2002, p. 291.

¹¹⁴ *Ibid.*

Direito e moral.¹¹⁵ Ele continua sendo, portanto, ideologicamente neutro: é válido ainda que injusta a norma. Todavia, o modelo moderno de Estado Constitucional de Direito, pauta-se justamente na circunstância de que a validade de suas leis deve incorporar não só ingredientes de regularidade formal, mas também material.¹¹⁶

Outra inovação introduzida pelo garantismo no paleopositivismo¹¹⁷ foi a dimensão substancial do Estado de Direito e, da mesma forma, a da Democracia. Os Direitos Fundamentais constituem a base do caráter da democracia substancial, assim como a base da moderna igualdade. São essas características estruturais que os diferenciam de todos os demais direitos. Há uma vinculação inafastável da democracia, substancial, com respeito aos direitos fundamentais e aos princípios que deles se derivam. Esses vínculos, como já apontado, são negativos em relação aos direitos de liberdade e positivos quanto aos direitos sociais.¹¹⁸

Esses direitos fundamentais são garantidos a todos e não estão à disposição do mercado econômico ou de discussão pela política, uma vez que estão na seara do indecível.¹¹⁹ Os direitos fundamentais são universais, correspondem a todos na mesma medida, diferentemente dos direitos patrimoniais, que são excludentes. Em relação aos demais direitos, os fundamentais são indisponíveis e inalienáveis, nem o próprio sujeito pode aliená-los, nem o Estado pode diminuí-los.¹²⁰

Destarte, a constitucionalização rígida destes direitos injeta uma dimensão substancial não só no Direito, como na democracia. Assim, o constitucionalismo é o complemento substancial entre a forma e a substância. As formais condicionam a vigência, e as substanciais, a validade. As formais garantem outras tantas dimensões da democracia: garante a expressão da vontade da

¹¹⁵ KELSEN, 2003, p. 59-60. Sobre as legações do Direito e Moral, Kelsen afirma que “Naturalmente, não se nega, com isso, a exigência de que o direito deva ser moral, isto é, deva ser bom. Essa exigência se entende por si mesma; o que ela realmente significa, é outra questão. Repele-se somente o ponto de vista de que o direito, como elemento da moral e que o direito, como direito, em algum sentido e de algum modo, seja moral. Quando o direito se apresenta como um elemento da moral, isso se torna obscuro, se significar uma exigência natural para que o direito seja apresentado como moral, ou, se isso significar que o direito, como parte integrante da moral possui um caráter efetivamente moral, tenta-se atribuir um valor absoluto ao direito, levando-se em conta a moral”.

¹¹⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 289.

¹¹⁷ CARVALHO, 2006a, p. 113. O autor critica a visão na qual os direitos humanos são reduzidos a um conceito somente formal (jurídico). Isso leva a uma institucionalização da reivindicação da titularidade de tais direitos subjetivos – segurança pública, ordem econômica...- sendo que isso anula a luta dos sujeitos (individuais e coletivos). Acrescenta ainda: “Assim, o pressuposto da regularidade dos atos dos poderes (executivo, legislativo e judiciários) nada mais é do que decorrência da incorporação no nosso senso comum do vício paleopositivista da romantização das instituições e de seus gestores. A ingenuidade da crença moderna na capacidade de o direito penal tutelar bens jurídicos, de o processo penal revelar a verdade real, de a criminologia reformar as classes perigosas e da política criminal prevenir a delinquência, reforça a concepção essencialista e metafísica a questão dos direitos humanos em cenário de ficção científica”.

¹¹⁸ FERRAJOLI, 1999, p. 23.

¹¹⁹ FELDENS; SCHMIDT, 2005b, p. 39.

¹²⁰ FERRAJOLI *op. cit.*, p. 39.

maioria. Os materiais, ou substanciais, referem-se ao que pode ser decidido ou não, por qualquer maioria, vinculando-as, sob pena de invalidez, aos Direitos Fundamentais.¹²¹

Os direitos fundamentais configuram-se em vínculos negativos à democracia, gerados por direitos de liberdade (direitos de primeira geração) que nenhuma maioria pode violar. Os positivos são gerados pelos direitos sociais (de segunda geração) que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Nenhuma maioria pode decidir, nem por unanimidade, pela violação de Direitos Fundamentais, uma vez que estão garantidos a todos e não estão disponíveis.¹²²

Nessa direção, Carvalho¹²³ faz uma crítica a respeito da divisão moderna entre as gerações de direitos e as suas consequências:

A cisão inerente à ideia geracional conduz à contraposição dos titulares dos direitos, criando oposição fictícia que se perfaz em situação fática contenciosa entre indivíduos (titulares dos direitos individuais) e sociedade civil (titular dos direitos sociais e transindividuais), bem como entre estes (indivíduos e/ou sociedade civil) e Estado (instrumentalizador da efetivação dos direitos e titular dos direitos institucionais). Este *método de despedaçamento*, típico da obsoleta concepção cartesiana, que funda a ciência moderna, e que obtém como efeito concepção beligerante entre os interesses reivindicados e entre seus legítimos titulares, obscurece o pensamento e a ação voltada à efetivação dos direitos humanos.

Não obstante a proposta de gerações de direitos seja passível de críticas, por outro lado, pode-se afirmar que as garantias são as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância entre a normatividade e a efetividade. Isso para possibilitar a máxima eficácia dos Direitos Fundamentais, em coerência com a Constituição. Refletem as estruturas dos Direitos Fundamentais, para cuja tutela ou satisfação foram previstas. As Garantias Liberais asseguram os direitos de liberdade, técnicas de invalidação dos atos que violam o direito de liberdade. As sociais são técnicas de coerção ou de sanção contra a omissão das medidas que as satisfaçam.¹²⁴

Então, sob esse aspecto, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau. Depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas

¹²¹ FERRAJOLI, 2002, p. 687-690.

¹²² *Id.* 1999, p. 51

¹²³ CARVALHO, 2006a, p. 108.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 4ª reimpr. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 2004, p. 155-6. O autor explica que o Estado Liberal e (posteriormente democrático), teve como base a normatização das exigências da burguesia que ascendia e tinha como objetivo conter e delimitar o poder tradicional – garantias de direitos de liberdade. Essas exigências se deram por meio do direito de resistência ou à revolução. Portanto, o processo que deu origem ao Estado Liberal e democrático pode ser denominado como de “constitucionalização” do direito de resistência e revolução. Acrescenta ainda que “A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: a separação dos poderes e o da subordinação de todo o poder estatal (e, no limite, também o poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo)”.

normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram a eficácia a tais “vínculos” em respeito aos Direitos Fundamentais. Na teoria da interpretação e da aplicação da lei, deverá ser incorporada uma redefinição do papel do juiz e a revisão das formas e condições da sua sujeição à lei. E, quanto ao papel da Ciência Jurídica, que no positivismo jurídico é investida de uma função meramente descritiva, reserva-se um papel de crítica e projeção ao seu objeto.¹²⁵

No modelo garantista, o juiz tem então um papel que vai além de uma mera sujeição à lei. Cabe-lhe fazer os ajustes necessários nos desníveis entre a democracia política ou formal e a substancial. É uma nova forma de legitimação do poder judicial, bem como da sua independência.

De acordo com Ferrajoli¹²⁶, essa nova visão do papel do juiz se daria da seguinte forma:

Os desníveis entre as normas, que estão na base da existência de normas inválidas e, por outro lado, a incorporação, em nível constitucional, os direitos fundamentais alteram a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos.

Sob esse enfoque, a obediência do juiz à lei já não tem a mesma conotação formalista do juspositivismo, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o enfoque. De acordo com a visão garantista, o juiz deve obedecer à lei e aplicá-la quando for válida. E essa validade, conforme já foi expresso, exige que a norma tenha conformidade com o texto constitucional. Nesse sentido, a validade da norma, nesse modelo constitucionalgarantista, já não é um dogma relacionado meramente à existência formal da norma, mas sim a sua relação de coerência com o texto constitucional, de acordo com a valoração do magistrado.¹²⁷

¹²⁵ FERRAJOLI, 1997, p. 100-2.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 100.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. O **positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 144-6. A respeito da interpretação formalista, como característica da definição juspositivista do Direito, Bobbio afirma que: “Se desejarmos tentar precisar a característica fundamental das definições positivistas, veremos que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é o direito prescindindo de seu conteúdo, vale dizer, da matéria por este regulada; isto porque o conteúdo do direito é infinitamente variado.” Ainda esclarece que: “Este modo de definir o direito pode ser chamada de *formalismo jurídico*; a concepção forma do direito define portando o direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não o *que* ele estabelece.” Afirma ainda (p. 221) que: “O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa”.

A interpretação que o juiz der à lei é sempre uma análise da própria lei a respeito da qual o magistrado tem a obrigação, o dever, e a responsabilidade de optar somente pela parte válida da norma. A validade está ligada à obediência ao texto constitucional - análise substancial - que se relaciona com a tutela dos direitos fundamentais. Isso é aquilo que se entendeu no passado como “jurisprudência alternativa”, não obstante os equívocos ocorridos. Ou seja, ao interpretar a lei, o juiz, caso esta guarde dissonância insanável com o texto constitucional, deve declarar a invalidade da norma infraconstitucional. O juiz está sujeito à lei, mas é uma obediência crítica, que não obedecerá às normas inválidas constitucionalmente.¹²⁸

A respeito da forma como o juiz enfrenta a questão da crise do conhecimento moderno, superação do modelo de verdades e certezas da modernidade, Pozzebon¹²⁹ afirma que:

Assim, a decisão não é fruto de razão ou da subjetividade, mas de razão e subjetividade, simultaneamente. O juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial. A decisão não é “verdadeira” ou falsa, mas “verdadeira” e falsa. É tudo isso. É humana. Esta nova visão se impõe, segundo Homi BHABHA, pois “em sociedades pluralistas e democráticas a diversidade cultural deve ser incentivada e acomodada, para que se possa aceitar, respeitar e conviver com as diferenças e, assim, esta diversidade se torne um alicerce da política de educação do país”.

O papel do juiz é de garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente formalizados. Esse é o principal fundamento da atual legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes de Estado – Legislativo e Executivo. É por isso que o modelo constitucionalgarantista necessita de um juiz imparcial, que não seja parte e que tenha independência. O juiz se for o caso, na defesa dos direitos fundamentais, deverá colocar-se, inclusive, contra a opinião da maioria, uma vez que sua legitimação nada tem a ver com democracia política.¹³⁰

Os princípios da *igualdade e da legalidade* também são fundamentos políticos da independência do juiz, na sua função de averiguação da verdade processual.¹³¹ Nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, nem falso o que é verdadeiro. Não pode,

¹²⁸ FERRAJOLI, 1997, p. 101.

¹²⁹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: **Sistema penal e violência**. GAUER, Ruth Maria Chittó. (Coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 233.

¹³⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 101-2.

¹³¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b, v. 1., p. 513-4. Segundo o autor, a *verdade formal ou processual* “Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. [...] Como explica Ferrajoli, a verdade processual não pretende ser a *verdade*. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A *verdade formal* é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética *verdade substancia*”.

portanto, legitimizar uma condenação sem provas, uma vez que, nenhum consenso pode valer como critério de formação da prova. As garantias dos direitos não são derogáveis, nem disponíveis. Essa concepção de validade, democracia política x democracia substancial, resulta no fortalecimento do papel da jurisdição e uma legitimação democrática do poder judicial e de sua independência.¹³²

A função do juiz é ampliada, pois passa a considerar não apenas a existência/vigência de uma norma, mas fundamentalmente sua validade. O juiz passa a ser um legitimador do Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, Giacomolli¹³³ assevera que:

O desafio do magistrado, na atualidade, é colaborar na construção do direito como um sistema artificial de garantias constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais, mormente na preservação da dignidade do ser humano. [...]. Por isso, no Estado de Direito, os juízes e tribunais criminais têm um relevante papel na construção da norma ao caso concreto. Não devem sujeitar-se, incondicionalmente, às leis, mas somente àquelas leis conformes à Constituição Federal. Espera-se do magistrado contemporâneo que possa declarar e questionar a constitucionalidade das leis, reinterpretá-las e adequá-las à Constituição.

Por outro lado, a estrutura do Estado Constitucional de Direito se destina quase que, propositadamente, a um grau de ineficácia, devido à provável incoerência de normas. Essas, ao contrariarem normas superiores, na esfera do decidível, fatalmente serão invalidadas. Logo, as antinomias e as lacunas são os possíveis vícios do ordenamento, determinados pelos direitos de liberdade, e sociais. São o grande mérito do Estado Constitucional de Direito, porque caracterizam que não é Estado Absoluto, no qual a norma produzida formalmente é, somente por isso, válida. Nele existe divergência entre normatividade e efetividade, entre dever ser e ser do Direito.¹³⁴

Essa é outra alteração introduzida no *paleopositivismo* pelo *modelo garantista*, o que afeta o papel da cultura jurídica e diminui o pensamento sugerido por avalistas da atual crise. As antinomias e lacunas são a característica de maior mérito do Estado Democrático de Direito, excluindo formas de legitimação absoluta. Elas permitem a deslegitimação dos poderes públicos por não cumprimento das promessas formuladas em suas normas constitucionais.¹³⁵

A antinomia gera conflito e falta de plenitude, das quais resulta a necessidade de inovação. O reconhecimento das lacunas indica não só a falta de normas, mas de técnicas apropriadas de garantia. É o caso dos direitos sociais, cuja desatenção por parte do Estado não é reparável com

¹³² FERRAJOLI, 1999, p. 24.

¹³³ GIACOMOLLI, 2006, p. 217.

¹³⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 99.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 28.

técnicas de invalidação análogas às dos direitos de liberdade, uma vez que requerem técnicas de garantias diversas e mais complexas.

O paradigma garantista é a incorporação de vínculos substanciais, positivos e negativos. Mas há que reconhecer que, para os direitos sociais, nossa tradição jurídica não elaborou um conjunto de garantias tão eficazes como ocorreu para os direitos de liberdade diante do poder do Estado. A consequência dessa omissão é um atraso nas ciências jurídicas e políticas, que não teorizou um Estado Social equiparável ao Liberal.¹³⁶

Constata-se, portanto, naquilo que se intitula como a *ciência jurídica e o desafio da complexidade*, que a existência do vício e da incoerência nas normas jurídicas é um fator positivo. As incoerências atribuem à ciência jurídica e à jurisprudência uma análise crítica do Direito que está em vigor. A falta de plenitude atribui-lhe uma função de preparar e organizar novas técnicas, mais vinculativas, em relação às condições de validade das normas jurídicas. É uma forma de se fazer da *crítica do Direito* o papel mais relevante da ciência jurídica. O jurista, assim, tem de levar em consideração, sempre, os dois níveis das normas – formal e substancial - quando se deparar com uma antinomia normativa.¹³⁷

Essa visão pragmática da ciência jurídica contradiz o dogma kelseniano e weberiano de seu caráter não valorativo e puramente formal. Mas é assim que a razão jurídica poderá cumprir seu papel. A ciência jurídica deve buscar a *coerência*, com a crítica interna do direito vigente, dirigida a exigir a anulação das normas inválidas; a *plenitude*, com a identificação do não cumprimento dos direitos sociais e a elaboração das garantias para cumpri-los; e a *unidade*, com a elaboração de um constitucionalismo mundial, para restaurar uma hierarquia minimamente certa e racional das fontes do Direito.¹³⁸

Portanto a anunciada crise do Direito e da razão jurídica é resultado do surgimento do próprio paradigma garantista, o qual, ao fazer uma análise crítica de ambos, mostra-nos as relações simbióticas desses elementos com a esfera política da sociedade. Dessa análise, vislumbram-se também as consequências desse entrelaçamento na própria construção do Direito e do papel crítico que o intérprete deve ter ao analisá-las, pautando-se, sempre, pela constituição e da vinculação desta com os direitos fundamentais.

Nesse sentido, afirma Ferrajoli¹³⁹:

¹³⁶ BOBBIO, 2004, p. 86-86. Afirma que isso acontece em face do papel ativo que a sociedade deve ter na implementação dos direitos sociais, diferentemente do que ocorre no caso dos direitos de liberdade, os quais exigem a limitação do poder estatal. No caso dos direitos sociais, para a proteção efetiva deles, não basta só a declaração verbal, mas a “ampliação dos poderes do Estado”.

¹³⁷ FERRAJOLI, 1999, p. 103.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 108.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 109.

Compreende-se que uma ciência jurídica assim entendida confina e entrelaça-se com a política do Direito; melhor, com a luta pelo Direito e pelos direitos levados a sério. Pode também dar-se o caso de uma tal perspectiva basear-se numa excessiva confiança no papel garantista do Direito. Mas eu penso que indiferentemente ao otimismo ou pessimismo que se possa ter, em relação a crise do Direito, não é possível se encontrar respostas para ela senão no próprio Direito. Da mesma forma não se vislumbra alternativas à razão jurídica, sendo que ela é a única que pode oferecer respostas à complexidade da sociedade, apresentando um futuro viável para o Direito e para a democracia.

Todavia, quando Ferrajoli afirma que não existem muitas alternativas para responder à complexidade social fora do Direito e da Razão Jurídica, pensamos que se refere ao aspecto normativo. Ou seja: ele não quer dizer que todas as respostas para os problemas da sociedade complexa em que vivemos estão no Direito e na razão jurídica, mas que passam, também, obrigatoriamente, por eles, conjugados com outras ciências.

Obviamente não nos rogamos intérpretes do autor. Todavia temos que nessas palavras Ferrajoli expressa a ideia de que não crê na saída dos problemas e demandas da sociedade complexa na negação total da normatividade estatal através do Direito, que se calca no racionalismo. Ele discorda do pensamento, por exemplo, dos abolicionistas, em relação ao sistema penal.

Parece-nos que Ferrajoli não acredita – opinião que nos parece razoável - na tese sustentada pelos abolicionistas, fundada no pensamento de que a solução de conflitos sociais passa pelo desaparecimento do Direito estatal, mormente na seara penal, uma vez que seria a ciência jurídica responsável pela maior parte dos problemas da sociedade. Ferrajoli não sustenta a perfeição e a infalibilidade do Direito, mas acredita que seria pior sem ele.

Nesse diapasão, faz-se mister analisar a (des)legitimação do Direito Penal e de seus instrumentos de aplicação, mormente em face da razão jurídica moderna, uma vez que esta é a sua base político-teórica. Na atualidade é grande a discussão acerca da crise de deslegitimação do discurso dogmático-penal e do próprio sistema penal, ante a falsidade de seu discurso, quando colocado na frente de sua realidade operacional, mormente na América Latina.

Segundo Andrade, a Dogmática¹⁴⁰ Jurídico-Penal representa, precisamente, o paradigma científico que emerge na modernidade (em contraponto ao modelo medieval e inquisitorial), prometendo assegurar o equilíbrio, limitando a violência característica do

¹⁴⁰ BOBBIO, 1995, p. 220. O autor falando sobre a *dogmática do direito*, diz o seguinte: “Podemos responder afirmativamente e dizer que o juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência *construtiva e dedutiva*. Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos à revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis”.

modelo anterior e promovendo a segurança jurídica – uma proposta garantista, portanto.¹⁴¹

Nesse sentido, Carvalho¹⁴² refere o seguinte:

As promessas de segurança (jurídica) e previsibilidade (das decisões) advindas com a ilustração têm nas codificações do final do século XIX a primeira possibilidade de concretização. Se o direito (penal) necessitava definir seu objeto de investigação para se adequar ao padrão epistemológico das demais ciências e elaborar instrumento idôneo para cumprir a promessa de racionalização do velho aparelho punitivo inquisitório, fundamental à formação de sistema unitários que integrasse normas de definição dos critérios de interpretação das leis ao elenco das condutas proibidas e à previsão dos procedimentos (ritos) burocráticos. O marco inegavelmente é o Código Civil de Napoleão, seguido da Compilação Prussiana e do Código Austríaco.

Com isso, buscava-se um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência mínima, que teria uma função essencialmente prática: racionalizar a aplicação do Direito Penal, função instrumental racionalizadora, garantidora.¹⁴³ Também teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e uma consequente aplicação igualitária, subtraindo-se a arbitrariedade e garantindo a segurança jurídica.¹⁴⁴

Todavia, hoje, questiona-se: as funções declaradas pela Dogmática Penal foram cumpridas? A Dogmática Penal conseguiu garantir os direitos humanos individuais contra a violência punitiva? Tem sido controlado o delito com igualdade jurídica? É congruente, na práxis do sistema penal, o discurso garantidor/racionalizador da Dogmática Penal ou tem a apenas a função de autolegitimar-se? Essas são questões importantes para a discussão quando se aborda a legitimidade do Direito Penal moderno.

As ciências sociais demonstraram que a lógica estrutural do sistema penal nas sociedades capitalistas implica a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos. Também em um plano mais profundo, está oposta a eles, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. Há uma subprodução de garantismo e uma sobreprodução de seletividade e arbítrio, ou seja, desigualdade, insegurança jurídica e injustiça.¹⁴⁵

¹⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 104.

¹⁴² CARVALHO, 2006a, p. 35.

¹⁴³ ANDRADE, *op. cit.*, p. 176-8. Explica ainda a autora que racionalizar significa aqui preparar, pautar, programar delimitar ou prescrever.

¹⁴⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 117-122.

¹⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 211-3.

O discurso de legitimação é o de garantia dos direitos humanos, mas a instrumentalização do sistema é operada para violar esses direitos, projeto de proteção (dever ser); práxis de violação (ser).¹⁴⁶ Para Zaffaroni, a legitimidade do sistema penal é compreendida como a característica outorgada pela sua racionalidade, um exercício de poder planejado racionalmente. Entretanto isso só aconteceria se apresentar coerência interna e for verdadeiro quanto às suas necessidades sociais. O discurso jurídico penal é elaborado sobre a máxima do “dever ser” e não ser “efetivamente”, convertendo-se, então, em “dever ser que nunca será”, se comparado com a realidade operacional que se apresenta.¹⁴⁷

No caso dos sistemas penais da América Latina, via de regra, há uma expressa renúncia a um dos princípios básicos do discurso jurídico penal: a legalidade. Os órgãos do sistema penal são encarregados de controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população. Ele se estende além do alcance meramente repressivo, por ser configurador da vida social, sendo que esse poder funciona sobre os setores carentes e sobre alguns dissidentes que “incomodam” a sociedade.¹⁴⁸

Segundo Zaffaroni, na realidade, os sistemas penais latino-americanos estão sendo deslegitimados pelos fatos sociais, dentre eles, as execuções extrajudiciais, violências, corrupções, extorsões e privações provocadas pelos seus próprios órgãos. Já se percebe que há admissão implícita de que o Estado detenha o monopólio da violência; expressamente de que a legalidade é uma ficção, que o sistema penal se converte em uma espécie de “guerra suja”, na qual o fim justifica os meios. Em razão da sua seletividade e da impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, pode-se afirmar que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à “repressão do delito”.¹⁴⁹

Tais dados da realidade, somados às diversas fontes teóricas, consideram a mais importante o interacionismo simbólico pela fenomenologia (criminologia da reação social – *labelling aproache*)¹⁵⁰ e deslegitimam os sistemas penais. Especialmente deslegitimados, segundo Zaffaroni, estão os chamados por ele sistemas “marginais”, como é o caso do brasileiro, pois seriam irracionais, bárbaros e genocidas, que só se prestam a infligir dor,

¹⁴⁶ ANDRADE, 2003, p. 298-306.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, 2001, p. 18.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 22-24.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 26-29.

¹⁵⁰ CASTRO, Lolla Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 99. Sobre a criminologia interacionista (Criminologia da Reação Social), a autora afirma: “Quero dizer que os grupos sociais produzem o desvio ao criar regras a pessoas particulares e a classificá-las como estranhas. Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas sim uma consequência de que outros apliquem regras e sanções a um *transgressor*. O desviante é alguém a quem foi aplicado este rótulo com êxito; o comportamento desviante é a conduta que a gente rotula desse modo (*deviant is behavior that people so label*)”.

principalmente através da pena, decidindo conflitos e não os solucionando, até porque isso nem poderiam fazer.¹⁵¹

O *labelling approach*, de acordo com Larrauri, em termos de estudos criminológicos, quanto ao desvio e delito, foi a perspectiva mais influente na década de 60.¹⁵² O *labelling approach* foi saudado por haver produzido uma mudança de paradigma, ou seja, uma modificação no objeto de estudo em relação à criminologia tradicional. Deixa de estudar o delinquente e as causas do comportamento (paradigma etiológico) para estudar os órgãos de controle social, reação das instâncias oficiais de controle social, que têm por função controlar e reprimir o desvio (paradigma da reação social).¹⁵³

Essa visão crítica da deslegitimação do sistema penal, incorporando dados da nossa realidade social de região marginal (fora do “centro”, Europa e EUA, etc.), apresenta uma proposta de reinterpretação do Direito Penal diante de tal crise. Ela busca demonstrar a possibilidade da reconstrução da dogmática jurídico-penal, de acordo com os fundamentos de um direito penal garantidor e ético. Desse modo, assume-se a deslegitimação do sistema penal com a proposta de um intervencionismo penal mínimo, com proposta futura de total abolição do sistema, com um modelo integrado de Direito Penal e Criminologia, buscando uma cuidadosa reconstrução das garantias.¹⁵⁴

Propõe-se um novo discurso jurídico-penal, planificador do exercício de seu poder, com conteúdo ético fornecido por seu objeto geral de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal. Um direito penal mínimo, garantidor dos direitos humanos fundamentais, com uma concepção de um direito penal humanitário de conjuntura política norteadas pela criminologia e antropologia. O exercício deste poder limitador ficaria a cargo da agência judicial, a qual faria um resgate de seu poder usurpado pelos outros órgãos do sistema, e aplicaria esses preceitos, somados a outros, do Direito Penal: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.¹⁵⁵

¹⁵¹ ZAFFARONI, 2001, p. 35.

¹⁵² LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991, p. 25 seg. Segundo a autora: “[...] a corrente sociológica do interacionismo simbólico, para entender a ação social, deve-se examinar as condições sob as quais se atua. A primeira condição é que se atua em atenção à situação com que nos encontramos; isso sugere uma segunda condição: que se atua em função de como se interpreta a situação. Ao interpretar as situações partimos de um conhecimento comum, porém em muitas situações este falta, seja porque a situação é nova ou porque esta situação se interpreta de diversas formas pelos participantes. Então o que se deve estudar é *como se constrói a interpretação de uma situação sob a qual se vai atuar*.”

¹⁵³ BARATTA, 2002, p. 86.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 181 seg.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.195 seg.

Diante da apontada deslegitimação do sistema penal surge (ou ressurgue) a proposta do paradigma do garantismo penal, não com objetivo de sua (re)legitimação, mas como modelo programático de limitação da violência do poder de punir estatal, conforme propõe Carvalho¹⁵⁶:

Ao comungar dos princípios da criminologia da reação social, em profunda denúncia da seletividade, desigualdade e barbárie produzida pelos aparelhos que possuem função repressora, Zaffaroni entende ser absolutamente dispensável uma teoria da pena, visualizando a possibilidade de (re)construir o direito penal com a precípua finalidade de reduzir a violência do exercício do poder. Reduzir dor e sofrimento (redução de danos) seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que é exercida, principalmente nos países periféricos.

Desse modo, conforme já expressamos as saídas para a crise da ciência jurídica em geral e do Direito Penal em particular, só podem ser encontradas no próprio Direito. Não acreditamos em um fim – abolição - do sistema penal.¹⁵⁷ Vislumbramos que essa hipótese, neste momento, estaria descartada, pois com o estágio atual da sociedade outros modelos de solução de conflitos poderiam ser ainda mais violadores dos Direitos Humanos.

2.4 O MODELO GARANTISTA PENAL

Embora já tenhamos trabalhado alguns aspectos do modelo garantista teorizado por Luigi Ferrajoli, nos itens anteriores, devido à importância desse tema na atualidade da ciência jurídica do país, particularmente na seara penal, voltamos neste tópico ao tema para um maior aprofundamento.

Os valores estruturais do paradigma garantista são a secularização e a tolerância.¹⁵⁸ A secularização é a separação do Direito da moral e foi incorporado na nossa Constituição Federal através do art. 5º, X, IV, VI, VII e IX. Conforme ensina Carvalho, a noção atual do garantismo é criação de Ferrajoli.¹⁵⁹ A secularização apresenta três consequências: 1) apenas violação concreta de bens jurídicos alheios legitima o direito penal; 2) o júízo não pode versar sobre moralidade, mas apenas sobre fatos penalmente proibidos e que podem ser provados

¹⁵⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 144.

¹⁵⁷ Vale salientar que há autores, dentre eles o próprio Zaffaroni (2001, p. 159), que pregam a abolição (teoria abolicionistas) do sistema penal como único meio de revolver os seus problemas.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 175 seg.

¹⁵⁹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 02.

pela acusação e pela defesa; 3) os cidadãos têm direito à perversidade.¹⁶⁰

Rompendo com o vínculo entre o Direito e a moral, assegura-se a tolerância e o pluralismo, valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. A tolerância corresponde ao direito de ser diferente e está ligada à liberdade no âmbito privado e à igualdade, que não exclui o direito à diversidade.¹⁶¹

Sobre o significado da diferença, Souza¹⁶² propõe que devemos imaginá-la sob outro enfoque:

Em uma inversão radical, a “diferença”, enquanto categoria filosófica é o que *permite derivar da experiência da diferença real como encontro entre mundos humanos diversos o sentido do pensamento possível*. Assim como sugestão provisória de elucidação desta categoria – “diferença” – propõe-se aqui: diferença ética, ou seja, *não indiferença*, não indiferença entre dois seres separados: uma *não indiferença* ética.

Tolera-se a diferença do ser, mas não se tolera a indiferença em relação ao ser. Sobre a tolerância do diferente, Bobbio¹⁶³ afirma que:

Tolerância em sentido positivo se opõe à intolerância (religiosa, política, racial) ou seja, à indevida exclusão diferente. Tolerância em sentido negativo se opõe à firmeza nos princípios, ou seja, à justa ou devida exclusão de tudo o que pode causar dano ao indivíduo ou à sociedade. Se as sociedades despóticas de todos os tempos e de nosso tempo sofrem de falta de tolerância em sentido positivo, as nossas sociedades democráticas e permissivas sofrem excesso de tolerância em sentido negativo, de tolerância no sentido de deixar as coisas como estão, de não interferir, de não se escandalizar nem de se indignar com mais nada.

A secularização – separação do Direito e da moral - delimita os rumos de incidência, restringindo e desqualificando qualquer tipo de criminalização de condutas pela seara moral. A secularização, como critério externo, delimita a atividade legislativa, na seara penal, a um programa de intervenção mínima. Secularização e tolerância são verdadeiras normas jurídicas supraconstitucionais condicionadoras dos ordenamentos jurídicos que busquem um sistema penal racional e de garantias contra o arbítrio punitivo. Na verdade, a legalidade penal consolida o princípio secularizador. Nesse sentido, Carvalho¹⁶⁴ pontua o seguinte:

¹⁶⁰ CARVALHO, 2003, p. 22-39.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 35-6.

¹⁶² SOUZA, 2004, p. 122.

¹⁶³ BOBBIO, 2004, p. 213-4.

¹⁶⁴ CARVALHO, 2008, p. 61.

O termo secularização é utilizado para definir o processo de ruptura da cultura eclesiástica com as doutrinas filosóficas e as instituições jurídico-políticas que ocorreu gradualmente a partir do século XV, objetivando expurgar da esfera civil o domínio da religião, sobretudo a colonização de idéias realizada pela Igreja Católica.

Nesse prisma, somente a lei e não outras fontes dizem o que é crime (e não pecado). Assim, no processo de criminalização secularizado não haverá perseguição e criminalização do diferente, apenas por apresentar essa condição. Não pode haver julgamentos morais, mas apenas jurídicos, que se amoldem à racionalidade do sistema.¹⁶⁵

O pensamento em relação ao garantismo veio com as propostas do Iluminismo de “liberdade do homem” e ganham expressão com Boétie (1548). A partir daí, Marat faz panfletos das ideias de Boétie às vésperas da Revolução Francesa, que recebem também a versão pacifista de Tolstoi. Nesse sentido, observa-se que a formação do paradigma garantista ocorre sob ampla discussão da filosofia iluminista, elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo do modelo inquisitorial.¹⁶⁶

Salienta Carvalho que o paradigma garantista, em se tratando de tipo ideal, nunca será realizado na plenitude, pois seu objetivo é demonstrar a tensão entre os dois modelos de percepção da realidade jurídica e política, procurando otimizar a estrutura dos direitos fundamentais.¹⁶⁷

O garantismo entra em crise pela primeira vez durante a passagem do Estado liberal ao Estado intervencionista a partir de meados do século XIX, quando a burguesia se consolida no poder. A burguesia queria justificar o poder que exercia pelo contrato social. Nasceram as propostas de Lombroso, com base nos estudos de antropologia, criminologia e sociologia. Com a afirmação de Lombroso e dos demais pensadores congregados ao paradigma etiológico, definindo um ser humano predeterminado organicamente ao delito, há uma pretensa capacitação, via antropologia e sociologia criminal, da catalogação e identificação

¹⁶⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 175-180.

¹⁶⁶ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Comentários de Francisco Pena. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos: Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 9-15. No prefácio desta obra, intitulado “Inquisição: Um espírito que continua a existir”, Leonardo Boff, expõe a síntese do modelo inquisitorial, gestado e colocado em prática pela Igreja Católica, contra os “hereges”, que seriam todos aqueles que pensavam diferente do que preceituavam as regras eclesiásticas da época. Segundo o autor, esse modelo de pretensão de verdade absoluta leva à intolerância. O sistema inquisitorial baseia-se em uma lógica “férrea e irretorquível, sendo que, ao instaurar a Inquisição, a igreja produz e habilita esse discurso totalitário e intolerante”. Compreendendo-se a lógica do sistema inquisitorial, torna-se inteligível a repressão e a tortura dos regimes militares latino-americanos; compreensível se torna a ideologia da segurança nacional, com suas torturas e arbitrariedades; entendem-se as câmaras de gás e limpeza genética perpetradas pelo nazifascismo. De acordo com Boff, “O sistema é sacrificialista, pois exige mais e mais vítimas para se manter. Ainda refere o autor que a “lógica inquisitorial” ampara-se fundamentalmente na verdade absoluta revelada para nossa salvação, que deve ser “sempre defendida a todo preço”.

¹⁶⁷ CARVALHO, 2003, p. 54 seg.

dos indivíduos ontologicamente perversos.¹⁶⁸

Assim, a escola positiva nega o livre-arbítrio sustentado pelos contratualistas, pois o crime não é mais o resultado da vontade livre do sujeito, mas de pré-condições genéticas. O novo modelo inquisitivo passa a valorizar o “ser” mais do que o próprio fato praticado – o homem delinquente é considerado um indivíduo *diferente* dos *normais*.¹⁶⁹ Desde o século XIX, está se desenvolvendo uma crise regressiva da culpabilidade, tendendo a substituí-la pela ideia de periculosidade do réu (personalidade). A concepção criminológico-positivista representa reação inquisitorial e anti-ilustrada ao garantismo, restabelecendo um novo processo antissecular e intolerante, emergindo um pensamento de desvio pela perversidade, caráter imoral e antissocial da conduta.¹⁷⁰

Mas não podemos olvidar que o pensamento iluminista representa concretamente o momento mais alto da história da cultura penalística: se não por outro motivo, porque a ele se deve a formulação mais incisiva da maior parte das garantias penais e processuais dentro das formas do Estado Constitucional de Direito. Já o garantismo é hoje um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista e contra seus argumentos hipercriminalizadores, presentes em movimentos de Lei e Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva potencializados pelas ideologias positivistas e da defesa social. Hoje temos um irracionalismo representado pelas teses neoliberais do Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal. Garantismo é questionador deste novo modelo de controle social.¹⁷¹

O modelo garantista – epistemologia garantista de Ferrajoli - visa instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criam esquemas tipológicos e buscar o máximo grau de tutela dos direitos. O paradigma garantista penal não confia somente na fiabilidade do juízo e da legislação com o intuito de limitar o poder punitivo e garantir a pessoa contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Propõe que a dúvida, como é racional de se pensar, opere sempre em favor do acusado, pois é melhor que a incerteza gere a absolvição de um eventual culpado do que a condenação de um inocente.¹⁷²

Entretanto, por ser um modelo ideal, apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas negadas ou desqualificadas por modelos opostos de produção do saber/poder. Os modelos extremos de resposta penal são conceituados como de *direito penal*

¹⁶⁸ ANDRADE, 2003, p. 62-64.

¹⁶⁹ BARATTA, 2002, p. 29.

¹⁷⁰ CARVALHO, 2008, p. 102.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 81

¹⁷² THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. O Mito sobre a verdade e os sistemas processuais. *In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174.

*mínimo e direito penal máximo.*¹⁷³

A teoria de Ferrajoli aponta dez axiomas, os quais se traduziriam no sistema garantista (SG). A1: *Nulla poena sine crimine*; A2: *Nullum crimen sine lege*; A3: *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4: *Nulla necessitas sine injuria*; A5: *Nulla injuria sine actione*; A6: *Nulla actio sine culpa*; A7: *Nulla culpa sine iudicio*; A8: *Nullum iudicium sine accusatione*; A9: *Nulla accusatio sine probatione*; A10: *Nulla probatio sine defensione*. Ferrajoli¹⁷⁴ traduz esses axiomas nas seguintes garantias penais e processuais, as quais seriam o cerne principiológico do sistema garantista (SG):

1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre o juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; e 10) princípio do *contraditório*, ou da defesa, ou da falseabilidade.

Esse sistema de garantias penais e processuais, apresentado como modelo garantista de Ferrajoli, consubstancia-se em um número de condições, as quais são limites ou proibições à atuação penal estatal. São garantias do indivíduo/cidadão contra os atos arbitrários do Estado ou mesmo contra os erros do sistema penal, identificado nesse sistema-modelo constitucional do Estado de Direito. É o arquétipo sistema de direito penal mínimo, no qual a intervenção penal é condicionada e limitada ao máximo, traduzindo-se, também, em um sistema idealizado de racionalidade e secularização. Assim, exclui-se o fato e a responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos e indeterminados seus pressupostos. É o nexo entre garantismo e racionalismo (contraponto entre validade e vigência).¹⁷⁵

Nesse sentido, justifica-se que um modelo de Direito Penal será racional e correto, tanto quanto suas intervenções tiverem visibilidade e previsibilidade fundadas na cognição, das quais se tenha como resultado e determinável a “verdade formal”.¹⁷⁶ Nas vezes em que o resultado for a incerteza, no modelo de direito penal mínimo, haverá a exclusão ou atenuação

¹⁷³ FERRAJOLI, 2002, p. 83-4.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷⁵ WUNDERLICH; OLIVEIRA, 2008, p. 66-7.

¹⁷⁶ THUMS, 2004, p. 171. Sobre a verdade processual, o autor afirma que “O juiz deve construir a verdade judicial a partir das provas, mas não se trata de descoberta da verdade, nem de reconstrução do fato passado.” Ainda refere: “O resultado a que chega o juiz, pois mais que se tenha empenhado na busca da verdade, será sempre um juízo de verossimilhança, que não pode ser confundido com a assência da verdade. Trata-se de empirismo processual marcado pelas limitações do ser humano na forma de produzir prova. O julgador busca nas suas decisões um convencimento pautado nos princípios e regras essenciais ao Estado Democrático de Direito, demonstrando que o juízo de probabilidade é um fruto de um processo lógico regido pela razão”.

da responsabilidade do agente, uma vez que o ônus da prova do fato e da responsabilidade cabe à acusação – princípio do *in dubio pro reo*.¹⁷⁷

O sistema paradoxal a esse, o do direito penal máximo, é caracterizado pela carência dos princípios expostos. É inquisitivo e substancialista quanto ao juízo, e pedagógico quanto à fundamentação da pena. Corresponde a um modelo de estados absolutos ou totalitários, entendendo-se tais expressões a qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam totais, isto é, não disciplinados pela lei, logo, destituídos de limites e condições.

Com relação ao modelo de direito penal máximo e sua inarredável vinculação aos modelos de Estado absoluto ou totalitário, Ferrajoli¹⁷⁸ afirma que:

Ao contrário, os modelos autoritários descritos se caracterizam pela debilidade ou ausência de algum ou alguns destes limites à intervenção punitiva estatal, até os casos extremos, em que aquela pode ocorrer sem que se produza qualquer condição judicialmente comprovável e/ou legalmente predeterminada.

Assim, um modelo de direito penal máximo – do tipo totalitário - traduz-se em um sistema sem condições estabelecidas em que o poder punitivo estatal é ilimitado. Além dessas características e da severidade excessiva, outra faceta própria do penalismo maximizado é a incerteza e a imprevisibilidade, tanto quanto as condenações como penas. Sobre o funcionamento do modelo penal totalitário, Delmas-Marty¹⁷⁹ afirma que:

Apoderar-se em um único e mesmo movimento de todos os comportamentos de afastamento das normas, cercá-los sem mais distinguir a infração do desvio, cercá-los para impor um único modo de pensamento e de ação até o ponto em que os homens, tornados intermutáveis, possam confundir-se em um corpo único, perfeitamente homogêneo: uma vez que o Estado estabelece tais meios ou fixa para si mesmo um tal objetivo, o modelo de política criminal torna-se totalitário qualquer que seja a ideologia que o tenha inspirado.

A consequência lógica disso é um sistema de poder, mormente o penal, incontrolável no tocante a racionalidade, uma vez que não existem parâmetros determinados e racionais relativos à convalidação e anulação. A práxis de um modelo de direito penal máximo é o substancialismo penal e a inquisição processual, uma vez que esses são os modos mais eficazes de se conseguir o máximo em expansão punitiva e não controlabilidade da

¹⁷⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 84.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 239.

persecução penal, o que resulta em uma maximização da irracionalidade e incerteza.¹⁸⁰

Dessarte, a certeza perseguida pelo direito penal máximo – do tipo totalitário - é que nenhum culpado fique sem punição, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. Para isso existe uma repressão generalizada – através de redes de repressão - e qualquer afastamento da “normalidade” é vista como uma infração penal. Em termos de técnicas jurídicas para viabilizar o modelo de punição máxima, são os mais variados, de acordo com Delmas-Marty¹⁸¹:

Algumas delas dizem respeito ao direito de fundo: método de raciocínio por analogia, qualificações vagas, ampliação da noção de cumplicidade, retroatividade dos delitos e das penas (criadas para a circunstância). Outras dizem respeito ao direito de prova: supressão da presunção de inocência, utilização da tortura para obter a confissão ou a delação dos coautores ou cúmplices (verdadeiras ou falsas). Até mesmo as regras de processo podem indiretamente contribuir para essa extensão: supressão da livre escolha do advogado, exclusão de qualquer debate contraditório e público, ou, ainda, a ampliação da prisão cautelar e da detenção provisória em condições que equivalem a uma verdadeira internação sem julgamento, e, finalmente, desaparecimentos durante o processo, ou seja, pena de morte aplicada sem julgamento.

No direito penal mínimo, a certeza perseguida é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado, a máxima tutela da segurança pública contra as ofensas ocasionadas pelos crimes; por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias.¹⁸²

De outro modo, quando se opera um sistema de minimalismo penal, este vai além do sistema legal, estabelecendo críticas aos critérios de criminalização utilizados pelo legislador. É censurado o próprio critério de seleção dos bens jurídicos, avaliando o sistema criminalizador. O minimalismo busca, assim, também, reduzir o impacto penal carcerário, – volume de pessoas no cárcere pela descriminalização e despenalização, e questiona “como”, “quando” e “o que” proibir. Assim, o garantismo ampara o surgimento de um modelo crítico das ciências criminais integrais, dogmática penal e processual penal, política criminal e criminologia.¹⁸³

Desse modo, em termos de legislação penal, o garantismo cria critérios linguísticos de redação da lei penal. A Dogmática Penal garantista só é possível para ampliar os direitos

¹⁸⁰ FERRAJOLI, 2002, p. 84.

¹⁸¹ DELMAS-MARTY, 2004, p. 240-1.

¹⁸² CARVALHO, 2003, p. 86.

¹⁸³ *Id.*, 2008, p. 116.

fundamentais, jamais suprimi-los. A garantia dos direitos fundamentais não pode ser sacrificada em nome do bem comum. É função dos Direitos Humanos fundamentais estabelecer o objeto e os limites do Direito Penal. O garantismo é um instrumento de salvaguarda de todos, pois pela racionalidade minimiza a violência social e garante a paz, mas também, principalmente, acaba o modelo sendo uma forma de proteção dos mais fracos.¹⁸⁴

Embora o garantismo não seja uma criação de Ferrajoli, foi ele com sua obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* - que o colocou como uma teoria jurídica. Na obra, propõe uma visão que não é nova, mas agora mais sistematizada, que tem por escopo, de um lado, criar uma sistema de limitação do poder de repressão penal do Estado, e de outro criar mecanismos que levem a uma efetividade dos direitos e garantias fundamentais que as constituições dos Estados de Direito formalizaram.

No dizer de Amilton e Salo de Carvalho¹⁸⁵:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Outra faceta que o garantismo prega é o chamado direito de resistência. Esse direito de resistência surge quando o poder estatal desvirtua-se e se apresenta de maneira ilimitada, tornando-se ilegítimo. Nessa hipótese, diante do flagrante contra-senso entre as funções do Estado Constitucional e a prática operada, surge para a defesa do cidadão, vítima do poder do Estado, uma nova discriminante genérica: o *ius resistentiae*. Partindo do pressuposto que o Estado existe para a defesa dos direitos fundamentais, não se pode admitir o ato estatal lesivo a eles operado pelo próprio aparelho estatal, podendo, assim, o indivíduo resistir e invocar essa discriminante genérica.¹⁸⁶

O garantismo penal, nunca é demais repetir, é instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Nesse objetivo de garantia não está excluído nenhum dos direitos assim considerados, tampouco qualquer indivíduo ficará sem proteção, não importando em que condição esteja. Amilton e Salo de Carvalho¹⁸⁷ asseveram:

¹⁸⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 725 seg.

¹⁸⁵ BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

¹⁸⁶ CARVALHO, 2003, p. 43.

¹⁸⁷ BUENO; CARVALHO, *op. cit.*, p. 19.

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a (s) pessoa (s) contra qualquer tipo de violência arbitrária pública ou privada.

No dizer de Ferrajoli, quando se fala de garantismo penal, isso se traduz precisamente na “lei do mais fraco”, uma vez que, com efeito, significa precisamente a garantia dos direitos fundamentais. Essa tutela deve dar-se mesmo contra os interesses da maioria, na defesa dos fracos, com regras do jogo iguais para todos. Entenda-se por fraco, no caso do Processo Penal, tanto o ofendido ou ameaçado com o delito, quanto aquele, que tem contra si a vingança e a perseguição penal, ou seja, o investigado, o réu.¹⁸⁸

Hoje a teoria do garantismo penal de Ferrajoli é o instrumento que os operadores do Direito podem usar para enfrentar a crise do Direito Penal, da qual tratamos nos tópicos anteriores. O garantismo não propõe, como já foi mal-interpretado, um sistema de garantias apenas ao acusado. Busca a proteção do cidadão contra as ofensas dos delitos, bem como os autores dos fatos delituosos contra a vingança ilimitada, seja do Estado, seja do particular.

Conforme expõe Copetti, o garantismo penal de Ferrajoli realiza uma avaliação crítico-realista do Direito como um todo e do efetivo funcionamento das instituições jurídicas. O âmago do garantismo é apontar o paradoxo que existe entre o Estado real e aquele que se apresenta como ideal. É uma antítese entre um arquétipo normativo tendencialmente garantista e as práticas operacionais tendencialmente antigarantistas, aparecendo, dessa maneira, como uma teoria da divergência entre normatividade e realidade.¹⁸⁹

A teoria do garantismo proposta por Ferrajoli tem outro aspecto relevante que é a sua vinculação à legalidade na acepção estrita. Tem o objetivo de buscar uma maior efetividade dos direitos fundamentais que os textos constitucionais normatizaram. Mas essa faceta do garantismo não visa apenas atingir os operadores do Direito, mas também os membros do Poder Legislativo, quando produzem as normas.

Desse modo, o titular do poder estatal, “além de estar subordinado a uma *forma* de agir (uma vez que a sua vontade somente será expressa por meio da lei), também não poderá ir de encontro a determinados *conteúdos*, que a sociedade elegeu como invioláveis. Tais conteúdos são como já exaustivamente mencionados, os denominados “direitos fundamentais”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 270-1.

¹⁸⁹ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 108.

¹⁹⁰ CADEMARTORI, 1999, p. 32.

A legalidade garantista está fundada em três elementos basilares: a) o plano epistemológico, que se evidencia como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; b) o plano político, que aparece como um modelo de tutela, propicia minimizar a violência e maximizar a liberdade; e c) a seara jurídica, que se notabiliza como um sistema de vínculos colocados à função repressiva do Estado em resguardo dos direitos do cidadão.¹⁹¹

Dessarte, constata-se que o modelo garantista proposto por Ferrajoli, não obstante sua ancoragem no Direito Penal material, abrange discussões muito mais amplas. Abordam – como não poderia deixar de ser - por exemplo, o modelo político do Estado, fazendo um contraponto entre o discurso (dever ser) e a realidade (ser). Obviamente, o garantismo alcança também as “regras do jogo” no Processo Penal e na Investigação Criminal, uma vez que estes são (devem ser) instrumentos de garantias de direitos, como abordaremos a seguir.

2.5 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA DE GARANTIAS

Nessa linha de democratização substancial da justiça, modelo de justiça garantista ou do garantismo penal, vale relembrar que esse paradigma não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo.

Consiste na busca da tutela de Direitos Humanos fundamentais, vida, liberdade pessoal, direitos individuais e coletivos. Eles representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos é a base substancial da democracia. Partindo-se dessa afirmação, pode-se extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os Direitos Humanos fundamentais.¹⁹²

A discussão sobre o risco atual da nossa sociedade, inclusive quanto à violência e criminalidade, mormente em relação ao nosso comportamento diante dele está, como nunca esteve, em pauta. Nesse contexto, de sensação de risco e insegurança generalizada, há que se redobrar os cuidados contra os exageros persecutórios e punitivos que resultem de práticas antigarantistas, relacionadas à adoção de um modelo de Processo Penal tendenciosamente inquisitório.

¹⁹¹ FERRAJOLI, 2002, p. 683 seg.

¹⁹² LOPES JR., 2003, p. 11.

Vale ressaltar que a estrutura do Estado, em um determinado período, reflete-se na evolução do processo penal e da pena. Nesse sentido, os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. A estrutura do processo penal de uma nação não é senão termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição. Partindo dessa experiência, a ciência processual desenvolveu um número de princípios postos como constitutivos do processo.¹⁹³

Nesse sentido, a discussão sobre um sistema de proteção dos direitos fundamentais deve ser retomada. Quando se está na iminência de ataque a esses direitos, ignorando-se a obediência às mínimas exigências constitucionais, mesmo como exceção, é porque a crise é paroxística e ameaçadora, inclusive para a nossa imberbe e frágil democracia.

É imperativo dizer, nesse contexto, que a ciência jurídica tem um papel fundamental, além de outros motivos, pelo fato de esta ser considerada a era do Direito. Assim, é tarefa do Direito, nesta complexa sociedade contemporânea, criar regras efetivas para enfrentar as crises, mas com um sistema mínimo de garantias.

Por outro prisma, é preciso pontuar que o objetivo do garantismo não é gerar impunidade, tampouco retirar o fim do Direito, mormente o do Penal, que é de solucionar ou ao menos mediar os conflitos sociais. O grande desafio do Direito é regular os conflitos de uma sociedade cada vez mais complexa e que vive sob o paradigma do risco constante, sem abrir mão dos Direitos Humanos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A legitimidade do Processo Penal está centrada no que se chama de “Respeito às Regras do Jogo”, as quais distinguem o processo acusatório do inquisitório. Ou seja: o processo tem uma forma legal, na qual estão expressas as garantias do acusado. A quebra dessas garantias deve ser atacada pela discussão acerca da validade/nulidade dos atos processuais.¹⁹⁴

No entanto, face à influência do Código Processual Napoleônico, nos sistemas de nulidades dos códigos de processo – inclusive do nosso - a regra é a não existência de nulidades, salvo demonstrado o prejuízo à parte que o invoca. Impõe-se, assim, ao acusado, que é solitário, contra a força do poder de punição estatal, a demonstração exaustiva da violação das regras do jogo processual, sob pena de manutenção da validade do ato.¹⁹⁵

¹⁹³ GOLDSCHMIDT, 1961, p. 109-110.

¹⁹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

¹⁹⁵ CARVALHO, 2008, p. 59.

Esse modo de ver o sistema não se coaduna com o modelo de processo penal democrático. De acordo com Carvalho¹⁹⁶:

Neste sentido, a harmonização dos sistemas de garantias com os postulados dos direitos humanos impõe radical inversão da lógica inquisitória, qual seja, em decorrência de as regras formais serem normas de garantia, sua flexibilização ou ruptura, por si só, indicaria a nulidade, cabendo ao órgão acusador a demonstração da não causação do prejuízo e o consentimento da defesa para que haja sua convalidação.

Não se pode negar, por outro lado, pelo menos sob o ponto de vista justificante, que o fim do Direito Penal é ser instrumento de manutenção da paz social. É a proteção da convivência humana na comunidade tutelando os bens elementares da vida comunitária, no âmbito da ordem social, e garantidor da manutenção da paz jurídica.

O crime surge quando falha o Direito Penal em sua função de prevenir infrações jurídicas no futuro, função de prevenção, e advém uma conduta voluntária dirigida a um resultado que lesiona ou expõe a perigo esses bens e valores reconhecidos e protegidos pelo ordenamento, gerando um juízo de desvalor da ação e também de desvalor do resultado. Esse juízo depreciativo da conduta ilícita é demonstrado com a aplicação de uma pena – ou medida de segurança, concretizando a função repressiva do Direito Penal.¹⁹⁷

Na sociedade do constante risco e perigo, o apelo por segurança é constante. Há um clamor para que o Direito Penal seja utilizado punindo os delitos por meio de penas. Questiona-se qual é a melhor forma de se exercer o poder punitivo estatal e da finalidade e contribuição do Processo Penal como fator de equilíbrio. Sobre esse tema, Lopes Jr.¹⁹⁸ afirma que:

Diante do “direito penal do terror”, implementado pelas políticas repressivistas de lei e ordem, tolerância zero, etc., o processo passou a desempenhar uma missão fundamental numa sociedade democrática, enquanto limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. A questão a ser enfrentada é exatamente (re)discutir qual é o fundamento da existência do processo penal, por que existe e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: ***Processo penal, para que(m)?***

Nesse sentido, verifica-se que há uma relação inseparável e necessária entre o delito, o processo e a pena, os quais são complementares. A pena não pode ser aplicada sem qualquer regramento, pois o Direito Penal não dispõe de poder coercitivo. Quando é necessário aplicar-

¹⁹⁶ CARVALHO, 2008, p. 59-60.

¹⁹⁷ LOPES JR., 2003, p. 1-2

¹⁹⁸ *Id.*, 2004, p. 1.

se uma pena, não basta somente que exista uma infração penal, mas também, que haja um processo prévio. A pena não é efeito jurídico do delito, mas do processo. Este não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena à infração por meio do processo. Essa é a finalidade *instrumental* do Processo Penal, quanto ao Direito Penal e à pena, uma vez que o *processo* é a via obrigatória para a imposição da pena.¹⁹⁹

Não existe pena sem delito e sem processo, tampouco processo penal senão com o objetivo de determinar o delito e impor uma pena. Essa relação de simbiose do Direito Penal, do Processo Penal e do modelo de Direito Penal mínimo são propostas de um processo penal garantista – de garantias dos direitos do imputado. Essa ideia visa à redução dos espaços inadequados da discricionariedade judicial, bem como um robusto fundamento para a independência da magistratura e seu papel de controle da legalidade do poder.²⁰⁰

O direito de punir do Estado surgiu no momento em que foi abolida a vingança privada, quando foram criadas regras e critérios para a aplicação da justiça penal. Mas não podemos esquecer que esse direito/dever do Estado em proteger a comunidade se dirige também para a proteção daquele que violou a lei. O Estado, assim, assume o monopólio da justiça, com a proibição dos particulares de tomarem a justiça em suas próprias mãos. Quando há a violação do bem juridicamente tutelado, invoca-se a devida tutela jurisdicional.

Mas a aplicação dessa tutela jurisdicional necessita adequar-se e utilizar a estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo judicial. No processo, atuará norteado por regras anteriores e claras, um terceiro imparcial, que não é escolhido ou designado pela vontade das partes, mas sim decorrente da estrutura institucional do Poder Judiciário, o qual deverá solucionar o conflito e impor uma pena ao autor. Nesse diapasão, o processo, que é instituição do Estado, surge como a única estrutura que se legitima para impor essa pena.²⁰¹

Sobre o conceito e objeto do Processo Penal, Goldschmidt²⁰² afirma que a definição usual de que ele é um procedimento que tem por objeto a declaração de um delito e a imposição de uma pena, não é satisfatória, uma vez que não explica sua essência:

¹⁹⁹ LOPES JR., 2003, p. 6

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 2-6.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 2-3.

²⁰² GOLDSCHMIDT, 1996, p. 16.

Ésta plantea dos problemas. El primero es: ¿por qué supone la imposición de la pena un proceso? Ya que el ius puniendi corresponde al Estado, que tiene la soberanía sobre sus súbditos, se pregunta: ¿por qué se necesita que pruebe su derecho en un proceso? La solución corriente es que el proceso penal representa una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra un abuso del poder estatal. Pero esta solución no es convincente. La imposición de la pena corresponde al juez, no sólo desde los tiempos del Estado de derecho, sino desde que hay juez y pena. Juez y pena se encuentran siempre juntos.

Portanto, é necessário a compreensão de que a pena se impõe mediante um processo, pois, é uma manifestação da justiça e porque o processo é o caminho necessário. A jurisdição penal é antítese da civil, na qual o cidadão age na defesa de seus interesses, muitas vezes à revelia da intervenção estatal.²⁰³

A evolução do processo está intimamente ligada à da pena, que é reflexo da estrutura do Estado em determinada época. Destarte, o processo surge como o terceiro estágio do desenvolvimento da pena, pois, como “pena estatal”, sofre a delimitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente será imposta com o processo judicial e pelo Estado.²⁰⁴

O moderno Direito Penal já abandonou as teorias retributivas pela sua inutilidade para a ressocialização do condenado. A teoria unitária (mista) é a que melhor explica a atual função da pena. Segundo ela, atribui-se à pena a combinação dos três princípios inspiradores – retribuição, prevenção especial e geral - de acordo com o momento em que é analisada: previsão legal, da determinação judicial e a da execução.²⁰⁵

A pena, no primeiro momento, tem a função de proteger os bens jurídicos – coibir delitos - com o objetivo de prevenção geral, por meio da intimidação coletiva e da abstrata. Com a individualização da pena, no segundo momento, o juiz individualizará a sanção de acordo com o autor e o delito, aplicando a prevenção geral. Na terceira fase, com a execução da pena, tem-se a prevenção especial, a qual tem o objetivo de ressocialização do apenado.²⁰⁶

No direito privado, as normas possuem uma eficácia direta e imediata, pois os particulares detêm o poder de praticar atos e negócios jurídicos, na área civil e comercial, sem qualquer intervenção dos órgãos jurisdicionais. Não existe monopólio dos tribunais na aplicação do direito privado. Todavia no Direito Penal isso é totalmente distinto.

Embora os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e de proteção, a verdadeira essência do Direito Penal é a pena e ela não pode existir sem processo penal. Aqui há a exclusividade da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isso representa

²⁰³ LOPES JR., 2003, p. 3-4.

²⁰⁴ *Id.*, 2004b, p. 4.

²⁰⁵ *Id.*, *op. cit.*, p. 5

²⁰⁶ *Ibid.*

um grande avanço para a humanidade. Assim, como já mencionamos, verifica-se o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo é o caminho para a pena.²⁰⁷

É a aplicação do adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, que expressa o monopólio da jurisdição penal por parte do Estado e também a instrumentalidade do processo penal. Dessa forma, pode-se dizer que, na seara repressiva dos delitos, são três os monopólios estatais: exclusividade do direito penal, dos tribunais e do processo.²⁰⁸

A pena hoje é pública. Pois o Estado substituiu a vingança privada, motivo pelo qual está proibida a autotutela e a “justiça pelas próprias mãos”. A pena deve estar prevista em um tipo penal, e é papel do Estado defini-la, assim como suas consequências, ficando esta seara absolutamente distante da dos particulares.

Assim como a exclusividade dos tribunais – declarar o delito e impor a pena - em matéria penal, deve haver a exclusividade processual, a pena só pode ser imposta por meio do devido processo penal. Ou seja, para que o tribunal individualize o delito, delinquente e pena, necessariamente deverá percorrer o caminho do processo penal válido, deferindo-se para o acusado todas as garantias constitucionais e legalmente postas.

Aos outros poderes e instituições do Estado – Legislativo, Executivo e Ministério Público - resta vedada a possibilidade de impor pena. No entanto, constata-se que, absurdamente, a cada dia é mais comum órgãos administrativos imporem sanções pecuniárias, às vezes mais graves que aquelas aplicadas por tribunais.²⁰⁹

Da mesma forma, acontece em relação à aplicação de penas nas transações penais previstas no nosso Juizado Especial Criminal – Leis 9.099/95 e 10.259/01. Nele são aplicadas penas de forma imediata, na audiência preliminar, sem formação de culpa e sem que sequer tenha existido processo penal. Essas situações são casos de ataque aos princípios garantidores do processo penal.²¹⁰

Pelo viés constitucional, o processo penal é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, mormente da dignidade humana do acusado. O acusado – que é ser humano e sujeito de direitos e não objeto do processo - via de regra, é a parte mais fraca no jogo dialético do processo penal. Isso decorre da carga acusatória do Estado, motivo pelo qual não se admite falar em processo penal constitucional sem que a dignidade do acusado seja

²⁰⁷ LOPES JR., 2003, p. 8-9.

²⁰⁸ *Id.*, 2004b, p. 70-1.

²⁰⁹ *Id.*, *op. cit.*, p. 7.

²¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 314-324 e 398.

respeitada.²¹¹ De outro modo, se processo penal pouco constituir como instrumento de garantias, isso será um sintoma de seu elevado grau de autoritarismo do sistema.

Portanto há relação direta entre o paradigma constitucional adotado e o modelo de Processo Penal. Uma constituição pouco garantista dos direitos fundamentais fatalmente gerará um processo penal autoritário e antigarantista. Quanto mais democrática for a constituição, tanto maior chance há de que ela faça nascer um processo penal garantista. Nessa linha de pensamento, uma Carta Constitucional democrática como a do Brasil, obrigatoriamente, deverá dar ensejo a um processo penal democrático e garantista. A ideia de garantismo vem do texto constitucional, no sentido substancial.²¹²

O processo é um instrumento e essa é a razão básica de sua existência. A relação entre direito e processo é óbvia, pois o Direito Penal sem pena não teria qualquer eficácia, e esta sem o processo constitui um retrocesso inconcebível. Dessarte, o fundamento que dá legitimidade à existência de um processo penal democrático é a instrumentalidade garantista, no sentido de que o processo penal é um instrumento que objetiva dar o maior alcance e eficácia a um sistema de garantias mínimas dos direitos fundamentais.²¹³

Sobre a finalidade instrumental do Processo Penal, Lopes Jr.²¹⁴ afirma:

Da mesma forma, um processo penal que não possa gerar pena alguma é inconcebível. Por vezes, nos deparamos com processos penais que são apenas geradores de estigmatização e degradação, atuando como pena em si mesmo. Existe uma injustificada resistência em admitir a possibilidade de uma extinção imediata do feito ou mesmo uma sentença absolutória antecipada. Nada justifica, por exemplo, manter-se um processo penal quando se vislumbra uma prescrição pela provável pena a ser aplicada, ou ainda, quando a prova é absolutamente insuficiente (e o inquérito já é um indicativo de que dali nada mais poderá ser extraído).

Podemos dizer, então, que a instrumentalidade do processo penal reside no fato de que a norma penal prevê que deva ser aplicada uma sanção, quando determinado comportamento proibido ocorrer, sendo que o destinatário da aplicação dessa pena é o Estado. Mas isso não poderá ocorrer sem o prévio processo, nem mesmo com o consentimento do acusado, já que ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por um ato judicial – *nulla poena sine iudicio*.

²¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. *In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b, p. 335-6.*

²¹² LOPES JR., 2004b, p. 2.

²¹³ *Id.*, 2003, p. 10.

²¹⁴ *Id.*, *op. cit.*, p. 6.

Esse fato é que demonstra, ao contrário do que ocorre no processo civil, a instrumentalidade do processo penal. Mas a instrumentalidade do processo não tem um fim em si mesma, nem deve ser vista somente como jurídica ou jurídico-processual. Não é somente a satisfação da pretensão acusatória, portanto deve ser delimitado o que se entende por *instrumentalidade*.

Classifica-se a instrumentalidade em positiva e negativa. A instrumentalidade *negativa* trata da negação do processo como um fim em si mesmo, repúdio ao exagero processualístico e excessivo aperfeiçoamento das formas, com fortes consequências nos sistemas de nulidades. A *positiva* está na preocupação de extrair do processo, como instrumento que é, máximos resultados de efetividade para que cumpra integralmente sua função social, política e jurídica, no seguinte sentido: a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) justiça das decisões; d) utilidade das decisões.

A justificativa da existência do Processo Penal, instrumentalidade, significa que em um regime democrático e constitucional o Processo Penal só se legitima como meio de defesa das garantias mínimas do cidadão contra o ato criminoso. Por outro lado, também deve atuar como instrumento de proteção contra o arbítrio punitivo estatal, tutelando os direitos do sujeito ativo do delito, passivo do processo criminal. Trata-se, por esse prisma, de uma, talvez a principal, barreira jurídica contra o exagero punitivo estatal e contra o ataque e restrição dos direitos fundamentais do indivíduo.

O processo existe como instrumento para um determinado fim, o qual não está limitado à esfera jurídica, mas também possui finalidades sociais e políticas. O Processo Penal deve se preocupar com a pacificação social, o bem comum. Vislumbra-se aí, inclusive, um caráter educacional, uma vez que há uma tendência, em relação aos fins do processo e do exercício da jurisdição, de abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas.

Essa é a visão liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em frente aos possíveis abusos ou desvios de poder dos agentes estatais – equilíbrio entre o poder e a liberdade. Vê-se, assim, que o processo não tem valor em si mesmo, mas somente pelos objetivos que deve cumprir.²¹⁵ Desse modo, o sistema garantista no Processo Penal pode ser sustentado por cinco princípios básicos, sobre os quais deve ser erguido o processo penal.²¹⁶

A *jurisdicionalidade* – *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* - não somente como necessidade do Processo Penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz, representa, da mesma forma, a exclusividade do poder jurisdicional, direito

²¹⁵ LOPES JR., 2004b, p. 219 seg.

²¹⁶ *Id.*, 2003, p. 13 seg.

ao juiz natural, independência da magistratura e exclusividade do poder jurisdicional, além da exclusiva submissão à lei. Também está relacionada com a inderrogabilidade do juízo, uma vez que atua do sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

A inderrogabilidade ou indeclinabilidade do juízo, a qual aponta a impossibilidade de declinação da atividade de julgar e aplicação da chamada *justiça negociada/consensuada ou plea negotiation*, afastando o Estado-juiz dos conflitos sociais. É o que ocorre atualmente com o advento da Lei 9.099/95, a qual, de certo modo, ao contrário de despenalizar, acabou por acentuar a punição das contravenções penais e crimes de bagatela, quando afastou o Estado-juiz como interventor obrigatório na aplicação da pena.²¹⁷

Sobre o sistema de penas negociadas, Ferrajoli²¹⁸ afirma que:

Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifesta sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpado (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que a *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo.

Outro princípio do garantismo no Processo Penal é a *separação das atividades de julgar e acusar – nullum iudicium sine accusatione* - a qual configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, que garante a imparcialidade do juiz e submete sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal.²¹⁹

Sobre o *nullum iudicium sine accusatione*, Ferrajoli²²⁰ afirma que:

Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas sobretudo o papel de *parte* [...] A separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma A8 e agora indicada como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas *partes* em causa e um terceiro *super-partes*: o acusado, o defensor e o juiz.

²¹⁷ LOPES JR., 2004b, p. 130. De acordo com o autor, “A *negotiation* viola desde logo esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco submete-se aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade”.

²¹⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 456.

²¹⁹ LOPES JR., 2003, p. 14.

²²⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 455-65.

No sistema do Brasil, considerado um sistema misto ou bifásico, formalmente há uma separação da persecução criminal em duas fases: a fase preliminar inquisitória e o processo acusatório. Nele, três autoridades diferentes atuam, em funções diversas. No nosso caso, a autoridade policial investiga, o Ministério Público acusa, e o magistrado julga.²²¹

Todavia Lopes Jr. ressalta que essa previsão formal é insuficiente para evitar que a persecução se torne totalmente inquisitória. Dois problemas graves existem no modelo: um, é o fato de os autos da investigação preliminar – inquérito policial - permanecerem no processo, possibilitando sua utilização integral como fonte de cognição pelo juiz; outro, é a possibilidade de o juiz produzir prova – investigar. O fundamental para se diferenciar se o modelo é inquisitório ou acusatório não é somente a separação das funções em autoridades diversas. O “núcleo fundante” é a gestão da prova. A imparcialidade do juiz não tem a ver com neutralidade. Ela se refere a não atuar como parte na gestão da prova.²²²

Aí vem a crítica ao Código de Processo Penal brasileiro – que é da década de quarenta - o qual tinha contornos nitidamente inquisitoriais, quando no artigo 156 autorizava o juiz a produzir provas, à revelia do requerimento das partes. Acontece que a Lei nº 11.690/08 alterou, dentre outros, os artigos 155 a 159 do CPPB, e – em total dissonância com os princípios acusatórios - aumentou o poder de o magistrado produzir prova de ofício, inclusive antes de iniciada a ação penal pelo Ministério Público, na fase da investigação preliminar.²²³

No Projeto de Lei nº 156/2009-PLS, do Senado Federal, segundo Coutinho²²⁴, busca-se restabelecer um Processo Penal de partes:

Vigente o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CR), não há espaço senão para um *processo de partes*, dentro de um *sistema acusatório*. Aqui, os *dois principais caminhos impostos pela CR/88* e que qualquer reforma processual penal, para ter dignidade e legitimidade constitucional, deverá levar em consideração. Foi o que se tentou fazer no Anteprojeto de reforma global de CPP realizado por Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal e ora em curso no Projeto nº 156/2009-PLS.

A presunção de inocência, é a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ela implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na

²²¹ LOPES JR., 2004b, p. 163-66.

²²² *Ibid.*, p. 150-168.

²²³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008a, p. 18.

²²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il pubblico ministero al suo posto – Ed anche il giudice. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, p. 23, jul. 2009.

obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.²²⁵

A contradição – nulla probatio sine defensione - como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação – expressão do interesse punitivo do Estado - e a defesa, expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais.²²⁶

A defesa é a forma de o imputado tomar parte no processo penal. Verifica-se, entretanto, um refluxo inquisitório em relação à participação do acusado no processo, o qual consiste em restringir o direito de defesa no processo penal. Por vezes, o direito de defesa é negociado, em comportamentos processuais do imputado, que ganham validade jurídica como solução da ação penal – transações penais e aceitação de pena sem processo. Em outras situações, o direito de defesa é diminuído, sob o argumento de facilitação da persecução criminal de crimes de grande clamor público.²²⁷

Essas soluções negociadas, que substituem a defesa no processo penal, na verdade anulam o direito de defesa e desvirtuam o processo, uma vez que ambas as partes convergem para um resultado, a qual via é prejudicial ao acusado, conforme explica Prado²²⁸:

A marca da característica da defesa no processo penal está exatamente em *participar* do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações.

O último princípio básico do sistema garantista no Processo Penal é a *motivação das decisões judiciais*. Ele visa ao controle da contradição, bem como demonstrar a existência de prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Esse princípio é fundamental na atividade jurisdicional – sentenças e decisões interlocutórias. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.²²⁹

²²⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 441-2. O autor refere que a partir do século XIX, esse princípio passou a ser atacado na Itália, sendo taxada pela Escola Positiva Italiana – Raffaele Garofalo e Enrico Ferri – como “vazia”, “absurda” e “ilógica”. Isso foi reforçado pelo Código de Rocco de 1930, o qual repeliu “por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado”, liquidando-a como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos”. O princípio fora restabelecido pelo art. 27, da Constituição republicana, ainda que na forma de “presunção de não-culpabilidade”.

²²⁶ LOPES JR., 2003, p. 17.

²²⁷ PRADO, 2006, p. 120.

²²⁸ *Ibid.*, p. 121.

²²⁹ LOPES JR., 2004b, p. 253.

Desse modo, não se admite nenhuma imposição de pena no modelo garantista: a) sem que se produza a comissão de um delito; b) sem que ele seja previamente tipificado por lei; c) sem que exista necessidade de sua proibição e punição; d) sem que os efeitos da conduta sejam lesivos a terceiros; e) sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; f) sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; g) sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um processo legalmente preestabelecido.²³⁰

Nesse sentido, há uma estreita ligação entre o Direito Penal mínimo e seu correspondente Processo Penal garantista, pois aquele corresponde à tutela máxima das liberdades dos indivíduos, em relação ao arbítrio punitivo, com um ideal de racionalidade e certeza. De outro lado, conforme exposto, há uma clara vinculação entre a racionalidade e o garantismo.²³¹

O Direito Penal mínimo, segundo Ferrajoli, é o modelo de uma técnica de tutela dos direitos humanos fundamentais e configura a proteção do débil contra o forte. Essa proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade do prévio processo judicial, sendo que este é pautado por uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.²³²

São ainda princípios norteadores do modelo do Direito Penal mínimo e, também, do garantismo até a sentença: o ônus da prova a cargo da acusação, o *in dubio pro reo*, e a *analogia in bona partem*. Deles decorrem uma interpretação restritiva dos pressupostos dos tipos penais e extensiva das circunstâncias. Deve-se ter certeza para condenar e não para absolver.²³³

A maximização processual penal identifica-se com o modelo inquisitivo, no qual o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais, ou há mistura de acusação e juízo, com dano à imparcialidade. Essa forma de atuar do magistrado debilita as garantias processuais, uma vez que sua atividade cognitiva está envolta em quadros mentais paranóicos e ideias policialescas. Como resultado desse quadro, o juiz busca no conjunto probatório uma maneira de comprovar o acerto da acusação imputada e não se convencer com a prova produzida.²³⁴

²³⁰ FERRAJOLI, 2002, p. 74-76.

²³¹ THUMS, 2004, p. 174.

²³² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 83-86. Mais fracos são tanto do débil ofendido ou ameaçado do delito, como também o débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele.

²³³ LOPES JR., 2004b, p. 174seg.

²³⁴ CARVALHO, 2008, p. 61.

A busca da verdade substancial (real), utilizando-se uma investigação inquisitiva, sem respeito aos limites e sem as regras processuais, conduz a opiniões subjetivas e a pré-julgamentos irracionais e incontroláveis. O arbítrio ocorre quando a condenação e a pena dependem somente da suposta sabedoria e equidade do juiz. Nesse sentido, cumpre apontar a importância da busca de uma verdade formal, pois a busca da verdade real, ao ser perseguida fora das regras, controles e limites, degenera o juízo de valor, resultando com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.²³⁵

A ânsia da busca da famigerada verdade real no Processo Penal pátrio, infelizmente, restou reforçada nas alterações promovidas no Código de Processo Penal, conforme observa Giacomolli²³⁶:

Essas novas (?) leis fragmentárias, além da realidade, ainda mais, o Código de Processo Penal e o próprio processo penal, mas não rompem com a base epistemológica e política da década de quarenta: supremacia do *ius puniendi* sobre o direito de liberdade; busca da verdade material a todo custo, inclusive com a atuação *ex officio*; bases inquisitoriais ofuscantes da Constituição, com alto teor de blindagem ordinária, protetiva das subestruturas (lei ordinária e atuação dos sujeitos processuais oficiais).

No modelo formalista e garantista, a verdade formal ou processual só pode ser alcançada com o respeito das regras precisas e relativas aos fatos considerados como penalmente relevantes. Ferrajoli explica que a verdade processual não pretende ser verdade, pois não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto do processo penal, mas condicionando aos procedimentos e garantias de defesa. A verdade formal é mais controlada em seu método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que a verdade substancial.²³⁷

De acordo com Lopes Jr.²³⁸, a verdade formal, nas suas limitações, tem as seguintes características:

a) a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma; b) a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas; c) deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição; d) a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, deve prevalecer a presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.

²³⁵ THUMS, 2004, p. 155-171.

²³⁶ GIACOMOLLI, 2006, p. 1.

²³⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 44 seg.

²³⁸ LOPES JR., 2003, p. 265-6.

Com a adoção da instrumentalidade garantista e de seus princípios, busca-se evitar a existência de verdadeiras penas processuais. Sabe-se que o processo já é uma pena em si mesmo, mas há ainda o sobrecusto imposto pela sociedade de massas, o processo é utilizado como instrumento da culpabilidade preventiva e de estigmatização pública. Além disso, são gerados milhares de processos todos os anos, que resultam em certificados penais e de *status* jurídico-sociais, reincidentes, perigosos, à espera de julgamento.²³⁹

Hoje uma forma de pena processual, imposta muitas vezes aos acusados, é a exibição pública do mero suspeito nas primeiras páginas dos jornais ou dos telejornais, ressuscitando e adaptando à modernidade a pena pública e infamante do Direito Penal. A execração acontece com a simples acusação, às vezes quando sequer exista denúncia, e não como consequência de uma condenação, sem a qual, em tese, ainda estaria protegido pela presunção de inocência.²⁴⁰

A lentidão da justiça, tempo do processo, em apurar (investigar) e julgar o fato também pode se tornar uma forma de pena processual,²⁴¹ inclusive extraestatais, conforme diz Fernandes²⁴²:

Não é difícil apontar os efeitos nefastos de uma lenta tramitação para o processo penal em termos de política criminal: ela transpõe a actividade sancionadora para instâncias de penalização extra-estatais; quebra confiança dos cidadãos numa tutela jurídica eficaz e fomenta as tendências de autodefesa. Ademais, a crescente distância temporal em relação ao facto dificulta a comprovação segura do que nele efectivamente ocorreu.

Essa questão do equilíbrio do tempo no processo penal – dicotomia tempo x efetividade, é das mais complexas da atualidade. Haja vista essa problemática, temos uma tensão entre a celeridade e o processo garantista, pois cada vez mais surgem ideias de sumarização no processo penal. Do mesmo modo, a discussão sobre a temática das tutelas de urgência, emergência e evidência, tanto no Processo Civil, quanto no Processo Penal, torna-se premente. No caso do Processo Penal, o problema do excessivo número de prisões cautelares está na pauta, uma vez que diante das urgências/emergências sociais (reais ou imaginárias)

²³⁹ LOPES JR., 2004b, p. 22.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 8.

²⁴¹ LOPES JR., Ary. Direito ao processual penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam as contas com Einstein). In: **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/ coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a, p. 236-7.

²⁴² FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. **Coleção Teses**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55.

não se pode aguardar uma decisão de mérito de parte da justiça.²⁴³

Nesse contexto – sumarização/penas processuais - verifica-se uma afronta ao caráter instrumental do processo, pois ele é utilizado como uma punição antecipada. O processo penal é utilizado como instrumento de perseguição política, intimidação policial e estigmatização social, inclusive como um fim de prevenção geral. Exemplo disso é a utilização exagerada das prisões cautelares (como a prisão em flagrante no Brasil), com fim dissuasório e de retribuição imediata.²⁴⁴

A respeito do uso excessivo da prisão processual, Giacomolli²⁴⁵ afirma:

*A prisão processual é um dos problemas mais sensíveis do processo penal. Os encarregados do aparato repressivo criminal estatal ainda persistem na concepção de que a regra é a prisão, e a liberdade, a exceção. Tal concepção se verifica pelos percentuais de presos provisórios no Brasil. Pelos dados do Departamento Penitenciário Nacional, em junho de 2006, dos 371.482 presos, 102.957, isto é, em torno de 30% eram presos provisórios, sem condenação definitiva. Isso demonstra o descumprimento do paradigma constitucional da prevalência da liberdade, da dignidade da pessoa sobre a prisão, a qual há de ser encarada como a *ultima ratio*, e não a primeira e única forma de resposta punitiva. Ademais, seguem-se concepções retrógradas de que o “flagrante prende por si só”, quando este não se constitui em medida cautelar. Avolumam-se as prisões processuais carecedoras de uma motivação substancial e necessária.*

Exatamente por isso há que se ter cuidado e se atentar para o que Ferrajoli chama de *falácia garantista*, a qual ocorre quando se tem um sistema formalmente garantista, mas efetivamente autoritário. Não basta “um bom Direito”, com sistemas avançados e garantias constitucionais para conter o poder e assegurar os Direitos Humanos Fundamentais. Nesse sentido, não há estados democráticos que, em seus sistemas formais, possam ser totalmente garantistas; apenas existem graus de garantismo, e a questão chave deve estar no distanciamento do ser e o dever ser, como já colocamos.²⁴⁶

Por outro lado, o processo deve ser visto como instrumento autônomo a serviço do Direito Material, do Estado e da Sociedade, o qual por si só não tem finalidade de existir. Nesse sentido, a independência teórica do Processo Penal, em relação ao direito material, foi fundamental. O processo e o direito são planos distintos no sistema jurídico, mas relacionados

²⁴³ ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência. In: **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 177-208. A autora afirma ainda que: “A busca da celeridade do processo penal somente poderá ser admitida sob o prisma garantista no momento em que observar respeito a todos os direitos individuais, tutelados constitucionalmente (inclusive), porém nunca pela restrição dos mesmos, com abreviação de procedimentos que limitam a defesa e decisões judiciais *inaudita altera pars*, eliminando o contraditório”.

²⁴⁴ GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In: **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 237-8.

²⁴⁵ GIACOMOLLI, 2008b, p. 336-7.

²⁴⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 152.

por seus objetivos políticos e sociais. Portanto, inegavelmente, o processo está a serviço do Direito Penal, ou da sua aplicação e fiel cumprimento de seus objetivos traçados, dentre os quais, de proteção do indivíduo.²⁴⁷

Mas a visão de independência extremada está sendo superada, sendo que a instrumentalidade serve para relativizar o binômio direito-processo. A ciência do processo já está a tal ponto evoluída que não precisa mais se preocupar em ser absorvida pelo direito material. Ela pode assumir sua função instrumental, pois o Direito Penal necessita do processo, uma vez que a pena sem o processo inexistente. O desafio hoje é retomar a sintonia entre a Política Criminal, Direito Penal e Processo Penal, visando ao alcance dos objetivos e das funções que lhes são declarados, no Estado Democrático de Direito.²⁴⁸

Nesse sentido, o processo como instrumento para a realização do Direito Penal deve realizar sua dupla função: tornar viável a aplicação da pena e ser efetivo instrumento de garantia dos direitos individuais, protegendo o cidadão contra os abusos do Estado, instrumento de limitação da atividade estatal. O próprio Direito Penal moderno, segundo Lopes Jr., tem a função de garantir a liberdade individual. Isso acontece através do princípio da reserva legal, da própria essência do tipo penal e da complexidade da teoria da tipicidade.²⁴⁹

Os Direitos Humanos fundamentais – direitos de liberdade - dirigem-se contra o Estado e pertencem, por isso, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. É grande a quantidade de dispositivos reguladores do Processo Penal nas constituições modernas.

O Processo Penal é uma das espécies de Direito Público. A função dele é de obrigar a autolimitação do Estado – atuação negativa. Na verdade, o fato de o Estado aceitar que o Processo Penal mitigue a sua soberania já é uma influência garantista. Isso porque submete ao debate público o poder que o Estado tem de perseguir e punir. Durante o processo, vigora a incerteza, a qual somente desaparecerá com a sentença. Portanto impõe-se uma postura mais liberal nas relações entre indivíduo e Estado. Em primeiro lugar, vem o indivíduo, depois o Estado, pois este não tem fim em si mesmo, uma vez que sua finalidade é de tutela daquele, nos seus direitos fundamentais de liberdade e de segurança coletiva.²⁵⁰

²⁴⁷ LOPES JR., 2003, p. 13

²⁴⁸ FERNANDES, 2001, p. 35-37.

²⁴⁹ LOPES JR., 2004b, p. 37.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. No prefácio da obra de Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

A proposta de tutela do indivíduo resulta de uma imposição do próprio Estado Liberal, uma vez que o liberalismo exigiu que fosse deferida uma dimensão jurídica ao homem, sendo que o Estado ou a coletividade não pode revogá-la. Mesmo na sua origem, o Estado de Direito representa uma superação do Estado de Polícia, o qual negava ao indivíduo a garantia de liberdade, quando surgiu na Europa, com a Declaração dos Direitos do Homem, após um período de arbitrariedades, “O Velho Regime”.

Essas mudanças no processo penal ocorreram a partir da ilustração, conforme Pastor²⁵¹:

Con la ilustración, el nuevo régimen procesal vino, históricamente a terminar con la inquisición como método de realización del poder penal del Estado, instrumento utilizado con natural abuso por los Estados absolutos, desde finales de la edad media hasta la Revolución Francesa y su expansión internacional del siglo XIX. [...] La diferencia entre el modelo procesal penal del ancien régime y el moderno, revolucionaria por cierto, radicaba en el juicio, etapa fundamental del procedimiento.

A pena significa o fim da vingança e dos impulsos que dão razão a ela. Pois sua imposição é atividade do juiz – um terceiro - não só desde que existe o Estado de Direito, mas também a partir do momento que existem a pena e o juiz. Na imposição da pena, há um controle da emoção pela razão, o que não acontece na vingança. É um ato da razão, determinante do critério da proporcionalidade, que é uma das mais relevantes características da pena.²⁵²

Vive-se hoje no regime das liberdades democráticas. Consiste a democracia num sistema que valoriza o indivíduo diante do Estado e manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Ela leva, sem dúvida, a uma democratização do Processo Penal, a qual se reflete no fortalecimento do sujeito passivo do processo.

No Processo Penal Garantista, o princípio primeiro que impera é a proteção dos inocentes, a qual, ou seja, a situação de inocência é elevada à norma de garantia constitucional. Há interesse de tutela dos interesses da coletividade, mas também da liberdade processual do acusado, no sentido do respeito da dignidade do indivíduo, como parte do processo. As instituições processuais, as quais se verificam na democracia, não têm outro objetivo a não ser a valorização do homem. O seu significado, sua natureza e sua finalidade política não são outras que não a garantia deste valor supremo: o ser humano.

²⁵¹ PASTOR, Daniel R. **Tensiones: Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?** Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 13-4.

²⁵² LOPES JR., 2004b, p. 38.

A maneira como se estrutura a norma processual penal demonstra o nível de cultura política e jurídica de uma sociedade, uma vez que um Estado Democrático de Direito – pautado na racionalidade e legalidade - jamais poderá justificar um Processo Penal (e Direito Penal) com contornos autoritários ou totalitários.²⁵³ O Direito Constitucional é que baliza e limita o Processo Penal, e não o contrário.²⁵⁴

Destarte, uma Constituição democrática deve orientar a democratização substancial do processo penal. No Estado Democrático de Direito, não é tolerável um Processo Penal autoritário e típico de Estado-policial, pois o processo penal e a Constituição devem se adequar mutuamente. A estrutura do Processo Penal deve reduzir ao mínimo o risco de erro e o sofrimento injusto dele decorrente, sendo este também um imperativo da justiça.

Essa é a ideia na qual se vê como fundamento da existência do Processo Penal a instrumentalidade garantista, qual seja: de um sistema processual que tenha como objetivo punir os delitos e aplicar penas, mas fundamentalmente também vise à garantia de Direitos Humanos fundamentais, tanto os da vítima, como os dos acusados dos delitos.

Na mesma direção, verifica-se que essa instrumentalidade ultrapassa o Processo Penal e assume importante papel também na fase da investigação preliminar. À fase preparatória, aplicam-se tanto a principiologia garantista, quanto a instrumentalidade processual. Isso ocorre pelo fato de a investigação preliminar – por ser preliminar ao processo - ter o condão de conferir justa causa à possível ação penal (que poderá levar à pena), visando evitar acusações e processos infundados. Desse modo, é inegável que a investigação preliminar influencia o processo, motivo pelo qual deve se adequar às suas formas, as do processo penal democrático – no que lhe couber.

Portanto é inegável que na fase preparatória o investigado disponha de direitos e garantias – defesa, silêncio, contraditório mitigado, não intervenção corporal, etc. - da mesma forma que no Processo Penal. O grande desafio é o fato de que essas garantias precisam ser efetivadas para que a investigação preliminar seja realizada dentro das “regras do jogo” do processo penal democrático. E a instrumentalidade processual garantista tem papel fundamental nesse aspecto.

²⁵³ BETIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 51-52. Sobre a questão da legalidade/racionalidade e legitimidade do sistema penal democrático o autor apresenta um contraponto entre o Estado de Direito e o Estado Totalitário; “Na Alemanha, ao contrário, o princípio foi abolido após a revolução de 1933, precisamente porque, em relação ao indivíduo rebelde, o Estado não deve encontrar-se com as mãos presas pelas algemas formais de uma legislação ligada ao *nullum crimen sine lege*; [...] Este poder de punir do Estado não carece de qualquer justificação racional. Só um Estado democrático deve procurar justificações, não o Estado totalitário, que encontra em si mesmo as razões de sua existência e dos poderes que dela resultam”.

²⁵⁴ LOPES JR., 2004b., p. 39.

3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

3.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: PSEUDOANTAGONISMO REPRESSÃO X GARANTIAS/ LIBERDADE

A experiência da ruptura totalitária corporificada no fascismo, nazismo e estalinismo rompeu todos os parâmetros de arbitrariedades, heresias jurídicas e atrocidades, culminado com o extermínio metódico de seres humanos - o genocídio.²⁵⁵ Todavia, por mais discutível que seja essa constatação, tiveram o viés positivo de fazer a Humanidade repensar seus conceitos e retomar a pauta da tutela dos Direitos Humanos.

A partir daí, os ventos democráticos e humanistas que varreram a Humanidade nas décadas seguintes ao fim da Segunda Guerra Mundial, irremediavelmente, atingiram o sistema penal – o Direito Penal e o Processual. Nesse sentido, Lafer²⁵⁶ pondera que:

O genocídio não é um crime contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. É um crime que ocorre, lógica e praticamente acima das nações e dos Estados – das comunidades políticas. Diz respeito ao mundo como um todo. É, portanto, um crime contra a humanidade que assinala, pelo seu ineditismo, a especificidade da ruptura totalitária. Assim, na sequência da análise, examino como no segundo pós-guerra a ruptura totalitária levou à afirmação de um Direito Internacional Penal, que procura tutelar interesses e valores do escopo universal, cuja salvaguarda é fundamental para a sobrevivência não apenas de comunidades nacionais, de grupos étnicos, raciais ou religiosos, mas da própria comunidade internacional. Entre estes valores e interesses está a repressão ao genocídio.

Nesse diapasão, o processo penal e a investigação criminal também passaram a ser objeto de discussões e reformas. Esses temas motivam debates, pesquisas, reformulações legislativas não só no Brasil, mas também em vários países, mormente naqueles de inspiração

²⁵⁵ GIACOMOLLI, 2006, p. 31-32. Sobre o nazismo o autor esclarece que: “O nacional-socialismo (1933-1945) acabou com o Estado de Direito, modificando toda a estrutura do processo penal, colocando-o a serviço do partido nazista, com a criação do Tribunal Popular para Causas Políticas – em 1944 proferiu mais de mil sentenças de morte -, os Tribunais de Polícia e das S.S. e as jurisdições de Honra. [...] O nacional-socialismo restringiu o direito de defesa, ampliou os motivos para se decretar a prisão provisória, incrementou a discricionariedade do Juiz, a eliminação do princípio da proibição da *reformatio in peius*, incrementou o processamento contra os ausentes, admitiu a analogia em matéria penal, suprimiu o princípio da legalidade, restringiu os recursos, obrigou a presença do Ministério Público nos debates, ampliando-se a revisão criminal em prejuízo do acusado.”

²⁵⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 23.

romano-germânica, continentais,²⁵⁷ também chamados de Direito *Civil Law*, nos quais os diplomas legislativos são as fontes principais do Direito.²⁵⁸

O Processo Penal e a Investigação Criminal Preliminar apresentam uma importante questão que, por vezes, pode ser tomada até mesmo como paradoxal, qual seja: equacionar as garantias de liberdade *versus* a necessidade de segurança. Inegavelmente, numa análise sob o enfoque histórico-político, ao Estado é associada a proposta de normatização e controle social focados na busca da segurança.

Por outro lado, a defesa filosófica do poder estatal sempre foi no sentido de que o seu objetivo era propiciar a liberdade e segurança aos cidadãos. Embora em termos jurídicos esse conflito seja satisfatoriamente resolvido, na práxis penal e processual nem sempre se apresenta essa facilidade. A tese de se propiciar liberdade por meio da coerção e repressão das normas legais, bem como encontrar o ponto de equilíbrio no sistema jurídico-penal, desafia o

²⁵⁷ A respeito dessas alterações nos sistemas investigatórios, destaca-se o abandono sistemático do Juizado de Instrução, em vários países da Europa, tendo em vista os excessos e abusos praticados pelos juízes instrutores, bem como a perda da imparcialidade de quem detinha a atribuição de julgar, que fizeram a insatisfação com o modelo inquisitivo. Não obstante a preferência inicial pelo juiz-instrutor tenha se consolidado no Direito Continental, aos poucos foi surgindo uma crescente insatisfação em relação àquela figura, uma vez que não se concebia como um magistrado que era encarregado de investigar pudesse continuar imparcial, nas suas decisões no curso da investigação, mormente em relação a medidas cautelares como busca e apreensão e prisão preventiva. Como se verá nesta pesquisa, já no século XX foi tomando corpo um movimento doutrinário de resistência e contrariedade ao juiz de instrução, que chegou ao seu ápice em 1975, quando a Alemanha tratou de pôr fim ao juizado de instrução, transferindo toda sua legitimidade investigatória ao Ministério Público. O impacto desta reforma não passou despercebido pelos demais países seguidores do Direito Continental. Portugal e Itália se renderam aos argumentos da doutrina alemã, e também realizaram reformas processuais, de modo a extinguirem o juizado de instrução, transferindo seus poderes investigatórios igualmente ao Ministério Público. Nesse sentido, mas, especificamente discorrendo sobre o sistema da Espanha, que ainda é o do Juizado de Instrução, GIACOMOLLI, 2006, p. 157, refere que “Essa atividade do Juiz Instrutor, abandonada na maioria dos países europeus, é um resquício da força inquisitiva, sendo duvidosa uma atuação imparcial, pois o magistrado intervém na preparação do material acusatório, apesar da lei dispor que também deverá buscar elementos que favoreçam o suspeito”.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 27. A respeito do funcionamento dos sistemas atuais de Direito Positivo, o autor traz estes esclarecimentos: “Pode-se dizer que, na atualidade, coexistem duas modalidades de sistemas de Direito Positivo: o da tradição romanística, também conhecido como *civil law*, em que as normas ou modelos jurídicos se apresentam sob a forma de diplomas legislativos, emanados dos órgãos competentes, e o da tradição anglo-americana, conhecido como sistema de *common law*, segundo o qual, consoante diz Reale (1976, p. 148), o direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares. No mesmo sentido, Pereira (1961, p. 52) assevera que outros sistemas de Direito não escrito, têm o seu Direito objetivo em princípio declarado pelas cortes judiciárias com fundamento em uma tradição imemorial (sistemas da *common law*) ou regulam as atividades do indivíduo na sociedade pelos costumes observados tradicionalmente”.

discurso justificante das ciências jurídicas há algum tempo.²⁵⁹

Talvez por isso se verifique na história da Humanidade que os desvios de cunho autoritário ou totalitários do poder político se evidenciam com mais frequência, sobretudo na persecução criminal. O arbítrio, nesses casos, é levado a cabo com a violação de direitos humanos e utilização de meios ilícitos para obtenção de prova. Ou seja, o Direito Criminal, Direito Penal e Processo Penal, são os primeiros instrumentos a serem manejados pelo príncipe quando pretende chegar ao poder ilimitado, em detrimento da liberdade e direitos dos indivíduos.²⁶⁰

As relações entre o poder e o Processo Penal são notórias, e sempre vem à baila quando se discutem sistemas jurídicos ou exemplos de comportamentos antidemocráticos. Sabe-se que no modelo processual penal se expressa o grau jurídico-cultural alcançado por uma nação. O Estado Democrático de Direito não admite um processo penal autoritário característico de um Estado-Policial, uma vez que naquele as normas processuais devem se adequar ao texto constitucional, e não o contrário.²⁶¹

Pode-se afirmar que o Estado coloca a segurança e a ordem como um dos seus objetivos. De outro lado, o indivíduo busca os espaços para exercer a sua liberdade nesse sistema. A respeito desse tema, Lafer²⁶² pontua que:

Na análise dos processos de asserção e mudanças do Homem na História, creio ser útil recorrer à distinção entre a perspectiva *ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo. Esta distinção que permeia história do pensamento político não há de ser entendida como um dicotomia do tipo dualista, ou seja, cisão taxativa graças à qual uma exclui a outra. Trata-se, na verdade, de uma dicotomia do tipo pluralista, que procura classificar, combinando, uma realidade complexa e em permanente transformação.

Nesse sentido, complementa Choukr²⁶³:

²⁵⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana; MARCHESE Di. 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr.; Agnes Cretella 12.ed. ver. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. O autor justificava o poder estatal de coerção legal, afirmando que “Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Não bastava, porém, formar esse repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros.” Ou seja: a defesa dessa liberdade se dá através das leis e da pena.

²⁶⁰ CARVALHO, 2003, p. 1-20.

²⁶¹ LOPES JR., 2003, p. 26.

²⁶² LAFER, 1998, p. 125.

²⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 13.

A análise de Lafer é profícua à medida que busca com essa forma de visualização do fenômeno a legitimação necessária e a explicação da evolução dos chamados “direitos humanos” ao longo da História, para concluir que pela visão do príncipe o tema dos direitos humanos é o da escolha, baseada numa “ética de responsabilidade”, de quais direitos humanos podem efetivamente ser tutelados, enquanto, pela perspectiva *ex parte populi*, se preocupa com a liberdade, até mesmo em detrimento da governabilidade.

Portanto, adequar e equilibrar tais interesses, aparentemente opostos, sempre foi assunto espinhoso para o Direito, tanto sob o ponto de vista teórico com prático. Como já mencionado, a proposta de reprimir para dar liberdade, por si só, já é conflituosa.

Contudo, partindo da premissa de que a repressão por vezes é necessária, também é desafio do sistema que ela seja limitada por um sistema de garantias. Essa ideia, evidentemente, aplica-se à investigação preliminar, uma vez que ela afeta diretamente o indivíduo contra o qual se dirige, em relação aos seus direitos fundamentais, mesmo que não gere uma condenação penal. Inegavelmente, a investigação criminal significa uma intromissão do Estado na vida particular do cidadão. Desse modo, essa intervenção estatal nos direitos do cidadão deve ser a estritamente necessária para a apuração do fato sob investigação, à garantia da realização da justiça, da segurança e do bem comum.²⁶⁴

De outro modo, importa ressaltar que a investigação preliminar se situa na fase *pré-processual*, desempenhando função instrumental.²⁶⁵ Ela está a serviço do processo penal, uma vez que busca o esclarecimento da infração penal e da sua autoria, sendo seu objetivo dar sustentação à acusação (*opini delicti*), para eventual denúncia e início da ação penal. Pode assumir também função *garantista*, evitando acusações infundadas contra o sujeito passivo e afastando dele o risco de ser estigmatizado.²⁶⁶

Diante da degeneração do Processo Penal, quanto ao respeito dos direitos do acusado, Carnelutti²⁶⁷ adverte sobre as consequências de uma acusação infundada:

Santo Agostinho escreve a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura. Até um certo ponto, dizia, não se pode fazer por menos; mas a assim chamada civilização moderna tem exasperado de modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos

²⁶⁴ CHOUKR, 2001, p. 13-14.

²⁶⁵ BELING, Ernst. **Derecho procesal penal**. Barcelona: Labor, 1943, p. 271; MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. v. IV. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951, p. 173. Ambos os autores argumentam em favor da função *instrumental* da investigação preliminar.

²⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. México: Episa, 1997, p. 338.

²⁶⁷ *Id.* **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001, p. 47-8

como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. [...] Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.

Assim, pode a investigação preliminar ser considerada um elo entre a *notitia criminis* e o processo penal. É um instrumento a serviço do instrumento (ação e processo penal). Nesse sentido observa Lopes Jr.²⁶⁸, que:

O processo penal, em teoria, pode prescindir da investigação preliminar. Mas a investigação preliminar existe para o processo. É importante frisar que “em teoria” o processo pode não necessitar da investigação preliminar, inclusive porque pode ter o caráter facultativo. Sem embargo, na prática, quanto maior for a gravidade do delito, maior será a importância da instrução, ao ponto de poder-se afirmar que, excetuando-se os delitos de menor potencial lesivo, nenhum promotor ou juiz prescinde dessa investigação prévia.

Fundamenta-se a investigação preliminar sobre quatro pilares básicos: buscar o fato oculto e diminuir os índices da *criminal case mortality*; salvaguardar a sociedade (função simbólica); evitar acusações infundadas e servir como filtro processual. A busca do fato oculto é o ponto de partida da investigação preliminar, tendo em vista que a *notitia criminis* e o *fumus commissi delicti* ensejam a atuação investigatória acerca de um delito – via de regra, praticado de forma dissimulada, oculta, de índole secreta. Neste momento, predomina um juízo de possibilidade (equivalência entre razões favoráveis e desfavoráveis) da materialidade do delito e dos indícios de autoria.²⁶⁹

A apuração dos fatos delituosos desempenha papel relevante na redução da *criminal case mortality*, de acordo com Lopes Jr.²⁷⁰:

Existe uma clara relação entre a eficácia da instrução preliminar e a diminuição dos índices de *criminal case mortality*, de modo que, quanto mais eficaz é a atividade destinada a descobrir o fato oculto, menor é a criminalidade oculta ou latente, ou ainda, as *cifras de la ineficiencia de la justicia*, como prefere Ferrajoli. Em síntese, quando menor é a diferença entre a *criminalidade real* e a *criminalidade conhecida* pelos órgãos estatais de investigação, mais eficaz será o processo penal como instrumento de reação e controle formal da criminalidade.

²⁶⁸ LOPES JR., 2003, p. 40-1.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 45-52.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 47.

A busca pela ordem, paz e harmonia social justificam a investigação preliminar como meio de salvaguarda da sociedade. Para tanto, presume-se que da ocorrência de um delito e consequente perturbação da ordem social haja uma investigação em busca da punição do autor da infração. É o que se chama de função simbólica da investigação preliminar oficial. A atuação da Polícia Judicial é um estímulo negativo para a execução de novos delitos, uma vez que a apuração do fato garantirá que não haverá a impunidade do crime, pois o Estado está vigilante na tutela da sociedade contra as condutas antissociais, na busca da justiça e da punição dos ilícitos penais.²⁷¹

Por outro lado, a investigação preliminar funciona como um limite contra o exagero persecutório da polícia e/ou do Ministério Público, tendo em vista que a celeridade e oficialidade dela propiciarão a imediata atuação do juiz garantidor. Portanto o principal fundamento da investigação preliminar, como instrumento garantista, está na sua função de evitar acusações infundadas e perseguições excessivas pelo aparato repressor estatal.²⁷²

Salienta-se que esse papel é de extrema relevância, uma vez que são indiscutíveis as consequências negativas e danosas resultantes de uma acusação impingida a um inocente. Elas não atingirão apenas o acusado injustamente, mas também a sociedade como um todo, pois gerarão aflição, desconfiança e temor em relação aos órgãos responsáveis pela persecução criminal.

Esse é o último fundamento da existência da investigação preliminar, qual seja, que o procedimento pré-processual deva servir como filtro processual para a eventual proposição da ação penal. Esse filtro serve tanto para evitar acusações infundadas – etiquetamento negativo de pessoas -, como para descartar as provas que não têm valia e formalizar os elementos probatórios de interesse à acusação.²⁷³

Ressalta-se que, nesse caso, não basta a mera possibilidade para a atuação ministerial, deve haver a incidência de um juízo de probabilidade, com consequente prevalência de razões favoráveis (*materialidade e indícios de autoria*) à proposição da ação penal. Nesse sentido, Lopes²⁷⁴ afirma:

²⁷¹ LOPES JR., 2008b, p. 214.

²⁷² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153. Conforme a autora, outra “finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para que o juiz possa se convencer acerca da necessidade ou não de se decretar a prisão preventiva, o arresto e sequestro de bens, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário ou telefônico. Serve, portanto, de base para decretação de medidas e providimentos cautelares, no curso do inquérito”.

²⁷³ *Ibid.*, p. 150-151.

²⁷⁴ LOPES, Fabio Mota. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009c, p. 22.

Então, para a abertura de um processo criminal contra alguém, faz-se necessário um juízo de probabilidade da autoria e da materialidade. Surge, pois, a essencialidade de uma fase pré-processual, em que sejam levados ao órgão acusador, após uma investigação preliminar, elementos necessários para dedução da pretensão punitiva em juízo, evitando-se que alguém seja submetido ao processo penal sem prova da existência da infração e sem indícios suficientes da autoria.

A imputação desses quatro fundamentos instrumentais e garantistas à investigação preliminar asseguram a sua utilização como instrumento de tutela de direitos e garantias constitucionais dos sujeitos submetidos à investigação criminal e da sociedade em geral. Essa visão da investigação preliminar não só como instrumento de repressão, mas também de garantias, se por um lado soa inédita, por outro prisma é perfeitamente adequada ao modelo Constitucional de Direito hoje positivado e que se busca tornar efetivo.

3.2 OS MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Genericamente, catalogam-se os sistemas de investigação em relação ao órgão encarregado: os modelos de Juizado de Instrução (investigação judicial); os modelos de Promotor Investigador (investigação ministerial); e o sistema em que a Polícia Judiciária (investigação policial) conduz autonomamente a investigação preliminar.²⁷⁵ Essa será a forma pela qual estudaremos o tema, não obstante existam outras classificações.²⁷⁶

3.2.1 Os juizados de instrução

3.2.1.1 O modelo francês

O atual Código de Processo Penal da França, em vigor desde 1958, resultou da reformulação do Código de Instrução Criminal de 1808. Importa ressaltar que esse Código de 1958 vigeu por decreto – *ordonnance* - não sendo submetido a debate parlamentar. Tendo em

²⁷⁵ LOPES JR, 2008b, p. 220.

²⁷⁶ CHOUKR, 2001, p. 48. O autor, por exemplo, divide seu estudo sobre a investigação preliminar nos modelos de Juizado de Instrução e acusatórios – promotor investigador e de *Common Law* - neste último caso, referindo-se especificamente aos sistemas norte-americano e inglês, os quais utilizam o modelo policial, assim como o Brasil.

vista sua característica autoritária, não passou incólume a críticas e modificações influenciadas pela constitucionalização do Direito francês, decorrente, dentro outros fatores, pela ratificação do Tratado Europeu de Direitos Humanos e dos pactos da Organização das Nações Unidas²⁷⁷

O atual procedimento do Processo Penal da França pode ser delimitado, genericamente, em três etapas: a investigação preliminar - *enquête*, a instrução - *instrucaio préparatoire ou poursuite* e a do julgamento - *jugement*.²⁷⁸

Cabe ressaltar que essa configuração do processo penal francês poderá ser diferente, conforme a espécie da infração penal. O processo poderá iniciar diretamente na fase de instrução, com uma etapa preliminar investigatória, sob a presidência do Juiz de Instrução. Depois a instrução seguirá com caráter de processamento judicial. Ou seja, de formação da prova processual, preparando o processo para julgamento, semelhante ao brasileiro.²⁷⁹

Notadamente, tem-se a França como o país de surgimento do Juizado de Instrução.²⁸⁰ Esse sistema é conhecido como um marco da repressão criminal. É derivado do *lieutenant criminel*, surgida na Declaração dos Franceses de 1.º, de janeiro de 1522. Sua conformação atual remonta a 1810, quando a lei de organização judiciária disciplinou a função de Juiz Instrutor, com prazo limitado para o exercício do cargo de três anos.²⁸¹

Dependendo da espécie de delito, na fase preliminar, a função do Juiz de Instrução é de investigar e depois instruir o processo criminal. Ele tem o papel de colher as provas com o objetivo de delimitar a materialidade e autoria do fato delituoso. Entretanto, tem poderes jurisdicionais, ou seja, não deixa de ser um juiz.²⁸² Por outro lado, como investigador, sua atuação é semelhante a de um policial civil no Brasil, pois realiza uma função administrativa, embora não deixe de ser um magistrado.²⁸³

²⁷⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Procesos penales de Europa**. Alemanha, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia: EDIJUS, 2000, p. 263-5. O autor esclarece que, embora o Código de Processo Penal da França ainda seja o de 1958, ele sofreu várias modificações parciais em 1985, 1986, 1989, 1992, 1993, 1994 e 1995.

²⁷⁸ KAC, Marcos. **O ministério público na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54. No mesmo sentido DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 281-3.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 281, 283-7. Conforme explica o autor, a instrução (*information*) é obrigatória para os delitos graves (crimes), facultativa para os menos graves (delitos) e excepcional para as faltas (contravenções). No primeiro caso (crimes) a instrução preparatória terá caráter de investigação e será presidida pelo Juiz de Instrução.

²⁸⁰ LOPES, 2009c, p. 55.

²⁸¹ CHOUKR, 2001, p. 48-9

²⁸² RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003, p. 159. Na mesma esteira, DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 288.

²⁸³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002, p. 134. O autor refere que “É curioso saber que antigamente tanto o Promotor de Justiça como o Juiz de Direito tinham, na França, o título de *Oficiais da Polícia*. Hoje, todavia, não o têm mais, mas conservam ainda o mesmo poder de um oficial.”

Sobre as funções do Juiz de Instrução, – na *fase preparatória*, vale trazer os ensinamentos de Delmas-Marty²⁸⁴:

El Juez de instrucción tiene una doble función, como investigador y como Juez. Como investigador está encargado de reunir las pruebas de las infracciones, de buscar los autores y de preparar las actuaciones del proceso; debe instruir a favor y en contra del denunciado. Como Juez puede requerir el auxilio de la fuerza pública, y decide sobre la inculpación del encausado – mise en examen - después, eventualmente, de su puesta en prisión provisional o en libertad bajo control judicial.

Mas o Juiz Instrutor na França não possui a titularidade exclusiva de comandar a investigação, a qual divide com o Ministério Público. Então o modelo de investigação preliminar francês pode ser considerado híbrido, em relação a sua presidência.²⁸⁵

Essa divisão na direção da fase investigatória, entre o Juiz Instrutor e o Promotor, acontece em face da espécie da gravidade da infração criminal a ser apurada. Na França, as infrações (gênero) penais são divididas, gradativamente, em *crimes, delitos e contravenções* (espécie), de acordo com a gravidade. Os crimes são as infrações punidas com pena de reclusão e detenção; os delitos com pena de prisão e multa; e as contravenções, apenas com multa.²⁸⁶

Em termos de procedimento investigatório, existem dois, um é a instrução preparatória (*instruction préparatoire*), a qual é conduzida pelo Juiz Instrutor e destinada à investigação das infrações mais graves (*crimes*), o outro procedimento é a enquete ou enquete preliminar (*enquête préliminaire*), que é utilizado para apuração das infrações menos graves, ou seja, delitos e contravenções.²⁸⁷

Desse modo, conforme o modelo francês, nos crimes existe a obrigatoriedade de atuação do Juiz de Instrução, como responsável pela investigação. No caso do delito, a atuação do magistrado investigador é facultativa, diferentemente do que ocorre na contravenção, na qual a sua intervenção somente ocorrerá por requerimento do Ministério Público.²⁸⁸

Na França, o Ministério Público faz parte do Poder Executivo, hierarquicamente subordinado ao ministro da Justiça.²⁸⁹ Por outro lado, o *ministère public* é considerado uma espécie de magistratura especial – *parquet*. Os magistrados e os promotores compõem um

²⁸⁴ DELMAS-MARTY, 2000, p. 273.

²⁸⁵ LOPES, 2009c, p. 55.

²⁸⁶ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 265.

²⁸⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação dos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Papel do ministério público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63.

²⁸⁸ MENDRONI, 2002, p. 130.

²⁸⁹ RANGEL, 2003, p. 159. O autor pontua que na França, tendo em vista esta subordinação ao Poder Executivo, o Ministério Público não goza da mesma estabilidade da magistratura.

único corpo de juristas de carreira e são formados pela Escola Nacional da Magistratura.²⁹⁰

Além da função investigatória, o *parquet* tem como atribuições o exercício da ação penal e a representação da sociedade para postular aplicação das leis e guardar a observância delas. Ainda, além dessas, executar as decisões judiciais, quando se relacionarem à ordem pública, e defender os interesses daqueles que não tiverem capacidade de fazê-lo.²⁹¹

Acentua-se que, embora haja diferenciação das carreiras da magistratura dos juízes e dos integrantes do Ministério Público, admite-se com certa normalidade a transferência de magistrados de um quadro para outro. As carreiras são fungíveis, sendo que o exercício de ambas as funções pelo Magistrado já fora considerado fator observado para efeito de promoção, dentro dos quadros.²⁹²

Na realização da investigação preliminar, tanto pelo Juiz Instrutor como pelo *parquet*, eles serão apoiados pela Polícia Judiciária, conforme esclarece Delmas-Marty²⁹³:

La policía judicial está encargada de “comprobar las infracciones de la ley penal, reunir las pruebas y buscar los autores mientras no se abra una información” (art. 14 CPP). Estos poderes son ejercidos, ya por instrucción del fiscal de la República; ya de oficio durante la investigación preliminar (art. 75 CPP); después bajo la dirección del Juez de instrucción tras la apertura de una información (art. 14.2 CPP).

Embora sua função fosse de auxiliar o Juiz Instrutor e o Ministério Público nas suas investigações, com o tempo a Polícia Judiciária viu aumentada a relevância das *enquêtes preliminaires*. Na prática, restaram as enquetes policiais por se constituir na verdadeira base de esclarecimento dos fatos apontados como delituosos, acabando a investigação desenvolvendo-se quase que exclusivamente ao seu alvedrio.²⁹⁴

Hoje, na França, pode-se dizer que a atuação do juizado de instrução é dependente da investigação preliminar da polícia. Tal circunstância gera um aumento das atribuições da Polícia Judiciária que age, em regra, de forma autônoma ou com delegação de poderes das autoridades judiciais.²⁹⁵

Quanto à relação do Ministério Público e da Polícia Judiciária, cabe ser ressaltado que, na França, sob um ponto de vista formal, há relação entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Ela chega a ser hierárquica, sendo que ao *parquet* cabe a fiscalização dos trabalhos

²⁹⁰ DELMAS-MARTY, 2000, p. 266.

²⁹¹ BASTOS, 2004, p. 61-2.

²⁹² KAC, 2004, p. 52-3.

²⁹³ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 269.

²⁹⁴ CHOUKR, 2001, p. 49.

²⁹⁵ RANGEL, 2003, p. 161.

da Polícia Judiciária.²⁹⁶

Nos casos em que é sua atribuição investigar, cabe ao Ministério Público instruir a Polícia Judiciária a atuar de acordo com suas orientações. O *parquet* pode efetuar ou determinar a realização dos atos de investigação preliminar. Desse modo, nesses casos, pode-se dizer que ele dirige a atividade policial, sendo que está dentro da sua esfera de atribuições determinar punições por faltas disciplinares, bem como fazer o controle da legalidade dos atos investigatórios.²⁹⁷

Também há obrigação de informação ao *parquet* da detenção operacionalizada diretamente pela Polícia Judiciária.²⁹⁸ Sobre essa detenção policial – *gar à vue* –, com fins investigatórios, Delmas-Marty²⁹⁹ refere que:

A los fines de una investigación, un oficial de la policía judicial puede detener a ciertas personas; ha de informar “en breve plazo” al fiscal de la República. Cuando el cumplimiento de un exhorto del Juez de instrucción necesita la detención policial de una persona, los poderes conferidos al fiscal de la República son entonces ejercidos por el Juez de instrucción (art. 154 CPP).

Há um dever de informação da Polícia Judiciária ao Ministério Público, desde o início da investigação até o final da *enquête*. Importa salientar que na prática esta informação se dá, via de regra, através de contato telefônico.³⁰⁰

No caso das contravenções, ao final da investigação, a Polícia Judiciária remete um relatório - *dossier* - ao Ministério Público dando conta do que apurou. Caso se trate de infração de um delito, os oficiais de Polícia Judiciária, de acordo com as orientações do *parquet*, poderão iniciar diretamente o processo contra o imputado.³⁰¹

Sobre a atuação e o controle da atuação da Polícia Judiciária, no Juizado de Instrução francês, Choukr³⁰² pondera que:

²⁹⁶ MENDRONI, 2002, p. 131.

²⁹⁷ KAC, 2004, p. 54-5.

²⁹⁸ CHOUKR, 2001, p. 50.

²⁹⁹ DELMAS-MARTY, 2000, p. 322-3. Conforme a lição do autor, no Processo Penal francês, a *gar à vue* é utilizada para manter suspeitos e até testemunhas à disposição da Polícia Judiciária para fins de investigação, visando ao esclarecimento do delito, pelo tempo de 24 horas, de um modo geral ou mais, no caso de o investigado ter contra si indícios de participação no fato. Essa medida se compara à Prisão Temporária do Direito brasileiro, com a diferença de que lá na França pode ser decretada diretamente pela Polícia Judiciária.

³⁰⁰ CHOUKR, *op. cit.*, p. 49-50. Conforme o autor, “excepcionalmente é feito um relatório escrito e diário” da polícia ao *parquet*.

³⁰¹ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 283.

³⁰² CHOUKR, *op. cit.*, p. 50.

No entanto, malgrado tais disposições, Levy anota ainda que desde uma visão pragmática, este controle é meramente retórico, na medida em que no caso da situação parisiense, cerca de 73% dos casos investigativos terminam sem que o *parquet* tenha sido informado de sua ocorrência e, nesse quadro, a iniciativa da investigação pertence exclusivamente à polícia judiciária, vale dizer, mesmo sem a intervenção do juiz instrutor.

Terminada a fase de instrução, existe no sistema francês, nos casos mais complexos, a obrigatoriedade de análise pela Sala de Acusação – *chambre d' accusation* – que é composta por três magistrados. Nessa fase intermediária, entre a instrução preparatória e o julgamento, faz-se um juízo de valor sobre os elementos probatórios colhidos até então, atuando como um tribunal de retificação e controle sobre os atos do Juiz de Instrução. Após esse exame, a Sala de Acusação decide pelo envio do imputado ao tribunal que o julgará ou fará o arquivamento do processo.³⁰³

3.2.1.2 O modelo espanhol

O sistema espanhol também é o de Juizado de Instrução, mas diverge do sistema francês. Na Espanha, o modelo compõe-se de três fases, quais sejam, a sumária ou de investigação, a intermediária e a do juízo oral. Todas as fases do processo são conduzidas por órgãos do Poder Judiciário, sendo que o Ministério Público se limita apenas à função acusatória e nunca à instrutória, pois esta é atribuição do Juiz Instrutor.³⁰⁴

Salienta-se que nesse país não há muito cuidado com as denominações aplicáveis à fase pré-processual. Por ora utiliza-se da fase de investigação, procedimento preliminar ou sumário. Mas todas, porém, são atividades de instrução. Observa-se, no entanto, que, de um modo geral, utiliza-se a expressão “instrução” para a fase da investigação preliminar na Espanha, a qual é a fase processual prévia ao juízo oral, dirigida à preparação desta.³⁰⁵

³⁰³ DELMAS-MARTY, 2000, p. 273, 291-2. Segundo o autor, a análise da viabilidade da acusação pela Sala de Acusação é obrigatória nos casos dos crimes e facultativa nos demais. No caso de não prosseguimento, o procedimento pode ser arquivado por três motivos: falta de tipicidade do fato, autor desconhecido ou indícios insuficientes. Então a sala de acusação declara que não há lugar para prosseguir – *qu'il n'y a lieu à suivre* – (art. 212 CPP).

³⁰⁴ SOLAESA, José R. de Prada. *In: Sistemas de proceso penal en Europa*. Director: Ramón Macia Gómez. Barcelona. Cedecs Editorial S.L., 1988, p. 98-9.

³⁰⁵ VALLEJO, Manuel Jaén. Acusación e investigación en el sistema procesal penal español. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003, p. 98-104.

No modelo espanhol, a fase pré-processual, para a proposição da ação penal, é atribuição da *Polícia Judicial*. Sobre a Polícia Judiciária, Martínez³⁰⁶ esclarece:

Desde antiguo se ha considerado necesaria la existencia de un cuerpo de funcionarios de policía especializado y exclusivamente dedicado auxiliar a la Administración de justicia en la averiguación del delito y en el descubrimiento del delincuente. [...] De Policía Judicial suele hablarse en dos sentidos diferentes. En sentido amplio, la Policía Judicial es una de las funciones asumidas por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto si dependen del Gobierno Central como de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. En sentido estricto, constituyen la Policía Judicial ciertas unidades orgánicas integradas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil.

No entanto, diverge do nosso sistema – que será abordado em capítulo próprio - uma vez que é dirigida ao *Ministerio Fiscal*, o qual é responsável pela ação penal, mas fiscalizará a fase da investigação preliminar. A investigação pode ser iniciada pela Polícia Judiciária, pelo Juiz Instrutor ou pelo Ministério Público. No caso da Polícia Judiciária e do Juiz de Instrução, estão obrigados a iniciar a investigação de ofício toda vez que tomarem conhecimento da notícia de um crime de ação pública.³⁰⁷

Caso seja a polícia que a inicie, o Juiz seguirá no seu comando. Iniciada a investigação pelo promotor, ele continuará nela até que o Juiz Instrutor a avoque para si. Desse modo, na verdade, o promotor não é o condutor da investigação, mas mero iniciador até que o Juiz a assuma.³⁰⁸

Nesse sentido, Choukr³⁰⁹ esclarece que:

³⁰⁶ MARTÍNEZ, Sara Aragonese. La jurisdicción penal. In: **Derecho procesal penal**. Nueva edición, 30 de junio de 1999. *Completada y actualizada*. Madrid: Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón, 1999, p. 89-90. Ainda sobre a atuação da Polícia Judiciária o autor refere: “Actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado <<en funciones>> de Policía Judicial. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden actuar a requerimiento de la Autoridad Judicial, del Ministerio Fiscal o de sus superiores policiales, o por propia iniciativa. Los Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Fiscal pueden encomendar a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la práctica de concretas diligencias de investigación, en los términos previstos en el artículo 288 LECr, en defecto de Unidades de Policía Judicial, con carácter transitorio o en supuestos de urgencia y siempre con sujeción a su respectivo ámbito legal y territorial de atribuciones”.

³⁰⁷ SENDRA, Vicente Gimeno. El contenido de la instrucción. In: **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid. COLEX, 2001, p. 193.

³⁰⁸ DOMÍNGUEZ, Valentín Cortez. La fase de instrucción. In: **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid. COLEX, 2001, p. 181-3.

³⁰⁹ CHOUKR, 2001, p. 53.

Assim, no que tange ao início da fase investigativa, muita semelhança existe com nosso modelo, sendo certo que a Polícia Judiciária poderá, *ex officio*, determinar a realização das diligências necessárias para a apuração do fato delituoso, comunicando de imediato ao Ministério Público e à autoridade judiciária. Com efeito, o Ministério Público, nesse período, embora não dirija as investigações, intervém presenciando *per se* as diligências, podendo propô-las ao juiz de instrução, artigos 646 e 648, tendo, ainda, certa autonomia investigativa nas hipóteses do artigo 785 da LECrim.

Na Espanha, a Polícia Judiciária, que se encontra subordinada funcionalmente ao Poder Executivo, pode, de ofício, realizar a investigação preliminar.³¹⁰ Como ocorre em outros modelos de investigação preliminar, em que a Polícia Judiciária não é a titular direta da investigação preliminar, na prática, ela acaba atuando de forma autônoma na apuração dos fatos, como observa Solaesa³¹¹:

La policía judicial propiamente no es una parte en el proceso penal español, pero como en casi todos los sistemas su función es la investigación del delito, autores del mismo, etc., si bien, en el caso español, depende para hacerlo de otros actores del proceso – Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal - ya que su labor, en el plano formal, es meramente auxiliar. Sin embargo, de ordinario, la policía, una tiene información del hecho delictivo a través de las múltiples vías posibles (denuncias de particulares, información de confidentes, etc.) inicia una investigación autónoma y no procesal del delito que judicializa a conveniencia, o bien cuando ya ha concluido las investigaciones, o cuando le resulta necesario utilizar algún medio de investigación restrictivo de derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, entradas o registro, etc.), cuya autorización compete al juez de instrucción o bien lleva a cabo la detención de algún sospechoso, en cuyo caso pone en conocimiento del juez de instrucción las investigaciones realizadas, continuando frecuentemente con ellas de forma autónoma. [...].

Salienta-se que a função principal do Ministério Público, na apuração dos fatos realizada pelo Juizado de Instrução, é o de fiscal da lei.³¹² Caso o Ministério Público ou a Polícia Judiciária entenderem necessária alguma diligência, deverão postulá-la ao Juiz de Instrução que deferirá ou não, conforme entenda ela pertinente. Nesse sentido, pontua-se que o sistema espanhol é considerado um modelo processual de fortes características

³¹⁰ GIACOMOLLI, 2006, p. 158. Segundo o autor: “Como regra, a polícia, ante a informação da prática de um fato delitivo, inicia uma investigação autônoma, judicializando-a quando conclui a investigação, ou quando seja necessário utilizar algum meio de investigação restritivo dos direitos fundamentais. Há que ser consignado que a polícia, ainda que deva cumprir as ordens do Juiz Instrutor, ou do Ministério Público, está subordinada ao Poder Executivo, mais precisamente ao Ministério do Interior – polícia estatal, autonômica e local”.

³¹¹ SOLAESA, 1998, p. 103. Segundo o autor, “*ya que es corriente que no aporte al juez o al fiscal toda la información de que dispone sino hasta el momento en que las da por concluidas y culmina la operación con la detenciones de los sospechosos, a los que, tras tomarles declaración, pone a disposición judicial junto con ele testado, que es el documento o expediente elaborado por la policía donde constan los aspectos esenciales de la investigación que ha llevado a cabo*”.

³¹² GIACOMOLLI, 2006, p. 158. Segundo o autor, no sistema espanhol, “O Ministério Público, figura como coadjuvante do Juiz Instrutor, é cientificado e ouvido a respeito das investigações, podendo estar presente na prática dos atos, inspecionar todo o desenvolvimento da *persecutio criminis*, bem como solicitar diligências”.

inquisitoriais. Ele não possibilita a *igualdade de armas* entre as partes, nessa fase da investigação preliminar, tendo em vista o segredo que a permeia, em regra, para o investigado e sua defesa.³¹³

Desse modo, havendo indícios da existência de um crime – noticiado pela *denuncia* ou *querrela* - começa a investigação do fato, em regra, pelos Juizados Centras de instrução. Isso ocorre por meio de uma decisão chamada de *auto de incoación del sumario*.³¹⁴ A investigação é, durante todo o procedimento, presidida pelo Juiz Instrutor, o qual apura o fato e circunstâncias. Todavia, o objetivo da investigação é colher elementos para o exercício da ação penal. Tais elementos não terão o condão de fazer prova para o julgamento final do processo – juízo de culpabilidade.³¹⁵

Nos crimes graves, com pena superior a nove anos, o procedimento investigatório na Espanha, de acordo com Martínez³¹⁶, ocorre da seguinte forma:

Regulado en los Libros II y III de la LECr, el proceso por delitos responde a la estructura básica de todo proceso penal: instrucción preliminar, fase intermedia, fase decisoria o de juicio oral, impugnación y ejecución. La instrucción preliminar o <<sumario>> se desenvuelve a través de una serie o sucesión de actos, de un procedimiento, en suma, al que, en lo sucesivo, por ir referido a esta fase, denominaremos procedimiento sumarial. Conforme a una ya consolidada clasificación, distinguimos en el procedimiento la iniciación, el desarrollo y la conclusión.

Terminadas as diligências, ou para nós a fase da investigação preliminar, o magistrado entende por encerrada a fase do *sumário*. Então ele envia os autos e as demais peças informativas para a audiência e o início da fase processual propriamente dita, com a ação penal. É uma fase intermediária, na qual estão incluídos os atos que se praticam perante o tribunal, a partir do momento que recebe o sumário até o término do procedimento ou a abertura do juízo oral.³¹⁷

³¹³ VALLEJO, 2003, p. 100-4.

³¹⁴ MARTÍNEZ, 1999, p. 328.

³¹⁵ GIACOMOLLI, 2006, p. 157-8.

³¹⁶ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 327-8. “*Si el Juez de Instrucción considera que los hechos de que ha tenido noticia (por cualquiera de los medios que hemos estudiado) tiene apariencia delictiva, dictará un auto ordenando la incoación y formación del sumario. Inmediatamente lo pondrá en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia y darán parte al presidente de ésta de la formación del sumario. [...] Si el Juez acuerda la formación del sumario, el procedimiento entra en la fase de desarrollo.[...] La instrucción gira en torno a un elemento objetivo (el hecho presuntamente punible) y un elemento subjetivo (la persona presuntamente responsable de aquél), sin bien no siempre es posible deslindar la existencia de actos que tiendan de modo unilateral a comprobar uno o a averiguar otro. Antes al contrario, la investigación de ambos extremos suele ser coetánea*”.

³¹⁷ CATENA, Vítor Moreno. El proceso común. In: **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid: COLEX, 2001, p. 480.

Nessa fase, procede-se da mesma forma nos casos dos delitos leves, como nos mais graves. Mas há uma ressalva quanto aos delitos mais graves, de acordo com Choukr³¹⁸:

Procede-se o envio das peças e das manifestações do suspeito e do Ministério Público para a audiência, sendo estes intimados da realização do ato processual enunciado; terão o MP e o suspeito até dez dias para o conhecimento de tudo quanto foi realizado na etapa do sumário, podem requerer diligências a serem apresentadas em audiência, podendo ser formado um incidente caso juiz instrutor não concorde com as diligências reclamadas. Nesta etapa, pode o sumário ser arquivado ou dar-se a abertura do juízo oral, corresponde ao direito brasileiro à ação penal propriamente dita. Este arquivamento pode ser definitivo ou provisório, de acordo com a natureza de seu conteúdo, sendo tais hipótese previstas nos artigos 634 e seguintes da LECrim.

Então pode se verificar, também, que no modelo espanhol, em regra, quem conduz a investigação preliminar é a Polícia Judiciária, em tese, sob a direção do Juiz Instrutor, sendo que ela é endereçada ao Ministério Público.

Do mesmo modo, ficou claro que, encerrada a fase do *sumário ou instrução*, antes de iniciar a ação penal, acontece uma fase intermediária, que se constitui em etapa de juízo de admissibilidade da acusação, com defesa e contraditório, muito diferente do que acontece no Direito brasileiro.

3.2.1.3 O modelo da Bélgica

Embora tenham existido propostas para a alteração da legislação processual belga (1878, 1901, 1902, 1914, 1938, 1981), o processo penal daquele país, basicamente, é regido pelo Código de Instrução Criminal de 1808. Este é dividido em dois livros: Livro I, “da Polícia Judicial e dos agentes de polícia que o exercem”, e Livro II, “da Justiça”.³¹⁹

O sistema da Bélgica, como o da França, possui Juizado de Instrução. Aliás, o modelo belga guarda muita semelhança com o sistema francês, sendo que as diferenças são basicamente de nomenclatura, também pode ser considerado híbrido. O Juiz Instrutor atuará como investigador em determinadas infrações penais, sendo que, em outras a investigação será presidida pelo Ministério Público.³²⁰

³¹⁸ CHOUKR, 2001, p. 54.

³¹⁹ DELMAS-MARTY, 2000, p. 204-5.

³²⁰ CHOUKR, *op. cit.*, p. 60-1.

Tendo em vista essa característica – bifronte, como o da França - Kac³²¹ entende que no sistema belga a presidência e a condução da investigação preliminar são do Ministério Público:

Ao Ministério Público, deve ser dado imediato conhecimento da prática de delitos ocorridos, sendo o comunicado feito pelos oficiais de polícia ou por informes de todo e quaisquer funcionários, autoridades e oficiais público, que têm obrigação de lhe dar ciência do cometimento de infrações penais. O procurador do Rei, quando comunicado da prática de uma infração penal, procede a todos os atos de instrução e informação do procedimento, no caso de situações graves e urgentes. [...] Na ausência do Procurador do Rei, o juiz de instrução poderá praticar os atos daquele, agindo por poder delegado nesta qualidade.

Em regra, são cinco as fases do processo penal belga. A primeira, chamada de informação (*information*), é tipicamente de investigação e está a cargo do Ministério Público. A segunda fase é a da instrução preparatória (*l'instruction*), que é investigatória e de instrução processual, sendo conduzida pelo Juiz de Instrução. A seguir, se tem a fase de ordenação do processo (*ordenation*), pela “Sala do Conselho”, a qual é de controle sobre as fases anteriores, que está sob incumbência do Juiz Instrutor. As duas últimas são a de acusação (*mise em accusation*), para a remessa à última fase, ou seja, fase de julgamento pelo *Cour d'Assises*.³²²

O sistema da Bélgica é considerado misto. A primeira fase (*información*) segue um modelo do tipo inquisitorial – secreto - e será conduzida unilateralmente visando à formação do sumário penal (*dossier penal*). A fase da (*instrucción*) também será inquisitória. Somente a última fase, a fase do júízo oral, será acusatória.³²³

A decisão pela espécie de investigação a ser utilizada – *información* ou *instrucción* -, bem como pelo presidente da fase, dar-se-á conforme a espécie de infração penal. Caso seja um delito ou contravenção, a apuração, em regra, se dará por *información*, com condução pelo Ministério Público. Nos casos graves – crimes - a apuração será por *instrucción*, a cargo do Juiz de Instrução.³²⁴

No caso da investigação judicial, o Juiz de Instrução agirá juntamente com os oficiais de Polícia Judiciária. Vale dizer que no sistema belga o Juiz Instrutor encarna três funções correlatas: é um oficial de Polícia Judiciária; é um Juiz de Instrução propriamente dito; e

³²¹ KAC, 2004, p. 67.

³²² DELMAS-MARTY, 2000, p. 217-20. O autor esclarece que a fase preparatória do processo penal dedicada à formação do sumário penal será realizada através da *informação* ou *instrução*. Em sentido estrito, a *informação* compreende tanto o procedimento do Juiz de Instrução, como a atuação da Polícia Judiciária, sob a direção do Ministério Público. As atuações da Polícia Judiciária chamam-se geralmente de *informação*, em oposição à *instrução*. Somente de maneira excepcional que a instrução não é procedida pela *informação*, a qual é o procedimento mais corriqueiro de apuração dos fatos criminais.

³²³ *Ibid.*, p. 217-8.

³²⁴ *Ibid.*, p. 217-9.

representa o Judiciário em primeira instância, como Juiz. Nos atos de instrução, ele tem poder jurisdicional e é independente do Procurador-Geral. Entretanto, como oficial de Polícia Judiciária, no qual os atos são administrativos, ele é submetido à hierarquia.³²⁵

Sobre a forma de atuar da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as relações entre essas instituições no sistema da Bélgica, Delmas-Marty³²⁶ pontua que:

La Policía judicial tiene por misión investigar las infracciones y reunir las pruebas (art. 8 CIC). El conocimiento de una infracción (ya sea de oficio, por querrela o por denuncia ante la Policía) da lugar a la redacción de una acta – procès-verbal -. Aunque la Policía judicial recibe sus poderes de la ley y actúa de oficio, los ejerce, sin embargo, bajo la dirección del Fiscal del Rey y bajo la supervisión de Fiscal General. Una vez informado de los hechos, el Fiscal del Rey dirige la investigación y coordina la acción de las diferentes fuerzas de policía.

Nos casos de prisão em flagrante, via de regra, é o Procurador do Rei quem vai ao local do fato, realizando uma investigação oral, para constatar a materialidade do delito. Após dar conhecimento dos fatos ao Juiz de Instrução. Mas os oficiais de polícia também podem proceder à prisão em flagrante, da mesma forma que o Procurador do Rei. Ainda, podem ambos proibir que as pessoas deixem suas residências ou lugar em que se encontrem, e, além disso, podem capturá-las no caso de desobediência.³²⁷

Terminadas a fase preparatória (*información*) e a intermediária (*instrucción*), acontece, em regra, a fase de controle da investigação e a admissibilidade da acusação. Decidindo o Juiz de Instrução pelo envio do imputado a julgamento, ele remete o sumário (*dossier*) com as requisições (*réquisitions*) do Ministério Público à Sala do Conselho, composta por um Juiz. Esse Magistrado, novamente, valorará os indícios das fases anteriores, escolhendo, se for o caso, o tribunal competente para julgar o fato.³²⁸

³²⁵ CHOUKR, 2001, p. 61.

³²⁶ DELMAS-MARTY, 2000, p. 220.

³²⁷ KAC, 2004, p. 66-7.

³²⁸ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 214, 219-226. Na Sala de Conselho, antes da decisão do magistrado, é estabelecido um contraditório, podendo o acusado e seu defensor refutarem a acusação do Ministério Público. Caso decida pelo prosseguimento do processo, poderá ainda o feito passar pela Sala de acusação – *mise en accusation* -, a qual funcionará como mais uma instância de controle e admissibilidade do processo, antes da remessa a julgamento.

3.2.1.4 O sistema do código nacional argentino

Como na maioria dos países da América Latina, nas décadas de 60, 70 e 80, do século XX, a Argentina passou por regime militar de exceção. Encerrado o momento autoritário, como no Brasil, lá ocorreram modificações legislativas.

Em 1991, foi promulgado o Código de *la Nación*, através da Lei 23.984/91, alterada no mesmo ano pela Lei 24.050 e decreto 2.768, os quais trouxeram relevantes modificações na persecução criminal do país vizinho.³²⁹

Por outro lado, importa salientar que, em face da estrutura jurídica do Estado argentino, a qual propicia às províncias terem legislações autônomas da nacional, há atualmente na Argentina mais de um modelo em funcionamento, conforme as opções provinciais. No sistema nacional argentino, ao contrário do modelo de algumas das províncias, cujo assunto será tratado no momento oportuno neste trabalho, adota-se a investigação preliminar judicial. É o juiz instrutor quem dirige a investigação preliminar.³³⁰

No modelo do Código Nacional argentino, o Juiz Instrutor, auxiliado pela Polícia Judiciária, assume todos os atos de investigação, visando apurar os ilícitos penais e decidindo a situação do imputado nessa etapa da persecução criminal. A investigação a cargo do Ministério Público só ocorre de maneira excepcional, quando lhe for delegada pelo Juiz Instrutor.³³¹

Além disso, a função do Magistrado Investigador estende-se para a etapa intermediária ou de crítica da instrução, decidindo sobre a continuação do processo na etapa seguinte do júízo, sua interrupção ou extinção.³³²

Mas no sistema do Código Nacional é função do membro do Ministério Público - *Ministerio Fiscal* – bem como dos agentes da polícia, postular pelo início da etapa de investigação (*instrucción*), perante o Juiz de Instrução, quando tiverem conhecimento de um delito de ação pública.³³³

A instrução preliminar, na Argentina, caracteriza-se por uma etapa altamente formalizada e burocrática, com objetivo de formular as bases – apurar o fato - para a posterior ação penal.³³⁴

³²⁹ PASTOR, 2004, p. 225.

³³⁰ LOPES, 2009c, p. 67.

³³¹ BASTOS, 2004, p. 78.

³³² CHOUKR, 2001, p. 55.

³³³ RANGEL, 2003, p. 169.

³³⁴ BASTOS, *op. cit.*, p. 78.

Embora seja função da Polícia Judiciária auxiliar o Juiz Instrutor e o Ministério Público na investigação preliminar, ela pode conduzir diretamente sua própria investigação, nos crimes de ação pública. No sistema nacional da Argentina, constata-se, na realidade prática, que a investigação é conduzida quase que totalmente pela polícia, com insignificante participação e controle do Juiz de Instrução.³³⁵

Contudo, na Argentina, essa discussão sobre o modelo de investigação está longe de se acomodar. Verifica-se que alguns conjuntos normativos das províncias daquele país deixam a função de presidir a investigação preliminar a cargo do Ministério Público.³³⁶

Em relação ao sistema argentino e sua *instrucción formal*, na investigação preliminar, vale trazer o pensamento crítico de Pastor³³⁷:

Esto se vincula con la rigidez formal natural de la instrucción que prevé el CPP Nación, pues es normal que los actos judiciales estén revestidos de ritos y fórmulas que aseguren la persistencia de los hechos que reflejan u de su valor perene (memoria). Esto lleva a que la investigación preliminar de los hechos punibles se torne engorrosa y plena de dificultades, debido a que aun los actos más nimios de la investigación deben seguir las pautas del formulario, ser decididos o realizados en presencia del juez y del notario, las comunicaciones deben ser efectuadas en un marco plagado de solemnidades, etcétera.

O debate sobre a jurisdicionalidade ou não da investigação preliminar é necessário nos sistemas criminais da América Latina. No caso da Argentina, o sistema investe o Juiz de Instrução de excessivos poderes, como, por exemplo, a possibilidade de obrigar o Ministério Público a iniciar a ação penal, mesmo quando este entende que é o caso de arquivamento da investigação preliminar. Portanto, o Juiz Instrutor não é só o dono da fase preliminar, mas também, em última instância, da titularidade da ação penal.³³⁸

Na opinião de Pastor, a Argentina deveria entregar a condução da investigação preliminar ao Ministério Público, pois entende que isso daria mais eficácia à persecução criminal.³³⁹ Rangel³⁴⁰, por sua vez, tem outra opinião a respeito do sistema da Argentina,

³³⁵ LOPES, 2009c, p. 68.

³³⁶ PASTOR, 2004, p. 229. Segundo o autor, adotam o sistema de investigação ministerial os códigos das províncias de Córdoba e Tucumã.

³³⁷ *Ibid.*, p. 231.

³³⁸ RANGEL, 2003, p. 169-70. O autor afirma que, nesse sistema, a imparcialidade do Juiz fica seriamente comprometida, uma vez que participa pessoalmente da investigação do fato. Mesmo a possibilidade de delegação da investigação é complicada: “A possibilidade do juiz instrutor delegar suas funções ao Ministério Público é vista com certo temor e perigo para colheita das informações por parte de *Jorge Mon* antes citado, pois em alguns casos o Ministério Público é dependente do Poder Executivo e, nessa hipótese, poderia haver ingerência nas funções que lhe foram delegadas com verdadeira afronta ao Poder Judiciário.”

³³⁹ PASTOR, *op. cit.*, p. 229-31.

³⁴⁰ RANGEL, *op. cit.*, p. 171.

opinando pela adoção da investigação policial:

Pensamos que *de lege ferenda*, no direito argentino, há que se afastar o juiz da persecução penal, colocando a polícia judiciária em seu lugar com fiscalização direta do Ministério Público, que deveria ter independência, autonomia financeira e gozar das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade a fim de impedir qualquer ingerência do executivo nas suas funções, garantindo-se a sociedade argentina um Poder Judiciário distante das investigações e, conseqüentemente, imparcial.

A manutenção do Juizado de Instrução, como no modelo do sistema nacional argentino, mostra que o país não conseguiu abandonar a visão processual inquisitória, típica de modelos autoritários ou totalitários. Não podemos esquecer que a adoção de um modelo acusatório, no qual ao Magistrado é vedado a participação na investigação criminal, visa, fundamentalmente, evitar a contaminação do Juiz, a qual ocorre com a concentração de funções.³⁴¹

Mas, infelizmente, devido a nossa formação histórica, é sabido que na América Latina vigora uma cultura judicial inquisitiva, a qual não é tão simples de ser abandonada, como se vê no caso da Argentina. Após conseguirem a independência, os países ibero-americanos, ao invés de manterem suas instituições jurídicas e adaptá-las às novas circunstâncias, importaram a maioria dos seus assuntos e matérias, como foi o caso do processo penal de inspiração inquisitória, daquilo que Napoleão idealizou para a França.³⁴²

Especificamente no caso da investigação criminal, como no caso da Argentina, por exemplo, verifica-se que as discussões têm de ser mais aprofundadas, de forma que o debate deve ir além de qual modelo de investigação preliminar deve ser adotado, ou Judicial, ou a cargo do Ministério Público, ou Policial.

³⁴¹ BINDER, Alberto M. **Política criminal**: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: AD-HOC, SRL/LAEL, 1997, p. 168.

³⁴² MAHECHA, Bernardo Gaitán. El sistema acusatorio colombiano. In: **Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica**. Bogotá: LAEL, 2003, p. 265. O autor observa que no caso dos Estados Unidos foi diferente: “*Estados Unidos hicieron lo contrario: se independizaron de Inglaterra pero dejaron vigentes las instituciones que Inglaterra les había transmitido; el common law, el sistema acusatorio que venía desde cuando los romanos fueron los amos del “gran albion” durante 400 años. Los estadounidenses se limitaron a establecer la democracia constitucional, redactaron una breve constitución que aún perdura; la adicionan de modo que se perfeccione en temas esenciales de estirpe constitucional. Y así, han progresado bajo el amparo de instituciones milenarias*”.

3.2.1.5 Os modelos do Uruguai, Bolívia e Chile

No Uruguai vige um Código de Processo Penal de 1980, sendo que o procedimento processual se desenvolve em duas fases. Na verdade, a fase chamada de *instrução* é dividida em *pré-sumário e sumário*. A fase da instrução tem caráter tipicamente inquisitorial, uma vez que é sigilosa e escrita. Ela pode ou não ser precedida de uma investigação preliminar levada a cabo pela Polícia Judiciária, a qual, quando existe, é denominada de *pré-sumário*.³⁴³

A etapa do *pré-sumário* é severamente atacada por sua inquisitorialidade e por não ter prazo definido para ser encerrada. Já na fase do sumário, o procedimento é dirigido por um juiz, mas não tem características plenas do processo acusatório. Não há uma divisão total das funções de julgar, defender e acusar, sendo que há apenas o acusado e o acusador. Na etapa do pré-sumário, como é característico da investigação preliminar, não existe contraditório.³⁴⁴

Na fase do sumário, o imputado tem a faculdade de postular pela realização de diligências probatórias, mas que poderão ou não ser atendidas a critério do juízo. Na hipótese de ser aceita a requisição do investigado, este não tem a possibilidade de intervir na sua realização, embora o defensor possua algum controle sobre o desenrolar da fase do sumário. Havendo a necessidade de medidas cautelares de urgência, elas serão postuladas ao Magistrado que preside o sumário, sendo que as partes poderão recorrer às instâncias judiciárias superiores, para revê-las.³⁴⁵

Desse modo, temos no Uruguai um modelo tipicamente inquisitório, em que há pouca preocupação com as garantias do imputado. Parece-nos que dos modelos com características inquisitoriais estudados, o uruguaio desponta como um dos mais autoritários. Isso se verifica pela confusão entre as partes do processo e pela situação da gestão da prova estar, direta ou indiretamente, nas mãos do juiz.

O sistema da Bolívia também é de Juizado de Instrução e, quanto à ideia de garantias, relativas ao investigado, trata-se de um modelo extremamente atrasado. Além da fase da investigação preliminar, que é presidida pelo Juiz de Instrução, este também é responsável pelo início da ação penal.³⁴⁶

Desse modo, o Ministério Público não é o titular exclusivo da ação penal na Bolívia, pois o Juiz de Instrução, depois de conduzir a investigação preliminar, ele próprio, de ofício,

³⁴³ KAC, 2004, p. 84.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 84-5.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 85

³⁴⁶ BASTOS, 2004, p. 80.

pode iniciar o processo criminal. Trata-se de um modelo inquisitivo praticamente puro, o qual contraria frontalmente os princípios acusatórios. Ao investigado são negados os direitos mínimos, sendo ele submetido a todo tipo de constrangimentos e pressões.³⁴⁷

No caso do Chile, também é o Juiz Instrutor quem preside a investigação preliminar, a qual é realizada pela polícia. O sistema é notoriamente inquisitivo, uma vez que, além da fase pré-processual ser conduzida por ele, o Juiz de Instrução, no momento que achar satisfatórias as investigações, ofertará a acusação. O mesmo Magistrado que conduziu essas duas fases, ao final do processo também o julgará.³⁴⁸

O Ministério Público tem papel insignificante no modelo do Chile, uma vez que não tem função de acusador, a qual foi extinta em 1927, na época se avaliou que sua função tinha relevância insignificante para o sistema.³⁴⁹

A atuação do Ministério Público na persecução criminal chilena restringe-se a elaborar pareceres – somente em casos restritos e mediante requerimento ao Juiz podem iniciar a ação penal. Os promotores no Chile são considerados funcionários do Poder Judiciário.³⁵⁰

Abordando a questão do fim do Juizado de Instrução na América Latina, como elemento a contribuir para a transição de um modelo inquisitório para o acusatório, Binder³⁵¹ observa que:

En este sentido, su primera contribución consiste en liberar al juez de la investigación. Este problema se ha distorsionado y superficializado. Por qué queremos liberar al juez de la investigación? Precisamente para que sea juez. El problema central no es quien investiga, sino quien controla la investigación y toma las decisiones netamente jurisdiccionales durante la instrucción y allí la respuesta no puede ser otra que atribuir esas actividades a los jueces. Y si el juez no tiene que investigar ni las Constituciones republicanas quieren que lo haga. Hay quienes han dicho: bueno, entonces establezcamos dos jueces, uno que investiga y otro que controla la investigación. Pero ello es sólo una cuestión de nombre, ya que el juez de investigación no sería otra cosa que un fiscal que forma parte del Poder Judicial (como es el caso de Costa Rica, por ejemplo).

Um dos argumentos de ataque à condução da investigação preliminar pelo Juiz de Instrução na América Latina, como nos modelos em questão, é que este sistema de vertente

³⁴⁷ BASTOS, 2004, p. 80.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 81.

³⁴⁹ BINDER, 1997, p. 168. O autor questiona isto: no contexto de um sistema inquisitivo, como acontece em muitos países latino-americanos, que papel ocupa o Ministério Público Penal? Segundo ele: “*Pareciera que ninguna, y eso es lo que llevó a algunos países – como Chile y Honduras – a suprimir substancialmente esa institución. La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo, es una realidad cotidiana en la mayoría de los países latinoamericanos*”.

³⁵⁰ BASTOS, *op. cit.*, p. 82.

³⁵¹ BINDER, *op. cit.*, p. 174.

inquisitiva se caracteriza pela formalização, registro e sacramentalização dos atos.³⁵² No outro extremo, quando acontece desformalização da investigação criminal, caminha-se para um sistema em que vigora a oralidade, com maior proximidade do modelo acusatório.³⁵³

Mas há outros problemas: a invencível carga de trabalho; a investigação sem controle e sua formalização; e a conversão automática, em juízo, da prova produzida na investigação. Ainda mais a questão da defesa e informação nas etapas policiais; o controle das medidas cautelares, mormente a prisão preventiva, e a duração do processo. Essas são questões mais importantes, sob o aspecto processual, do que o debate restrito sobre o modelo de investigação preliminar. Nesse sentido, acrescenta Binder³⁵⁴:

Buena parte de la discusión ha girado alrededor del carácter jurisdiccional o no de los actos de investigación y poco se ha esclarecido acerca de la naturaleza y diferencias de los actos de investigación y el concepto más comprensivo de actos de instrucción. O se ha discutido acerca de la constitucionalidad de la entrega de la investigación al Ministerio Público sin indagar con profundidad el modelo constitucional de administración de justicia y, en especial, la función de los jueces.

É importante ressaltar, como fecho, que as discussões e soluções acerca do sistema processual na América Latina têm sido um tanto superficiais. Copiamos, importamos e reformamos nossos sistemas inspirados em modelos estrangeiros, na maioria das vezes, estranhos a nossa realidade. Nessa lógica, a cada problema que surge recorremos a uma reforma constitucional, a qual, muitas vezes, aumenta os problemas já existentes.³⁵⁵

3.2.2 A investigação a cargo do ministério público

3.2.2.1 Os modelos da Alemanha e da Áustria

Em relação ao sistema da Alemanha, releva salientar que hoje, no Brasil, não se encontram muitas referências diretas. Isso se explica, talvez, pelo nosso atual maior afinamento com o Processo Penal de origem italiana.

³⁵² PASTOR, 2004, p. 231-2

³⁵³ BINDER, 1997, p. 175.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 170-1.

³⁵⁵ MAHECHA, 2003, p. 265.

O modelo Processual Penal alemão, que vige na atualidade, vincula-se à Constituição Liberal e Democrática promulgada em 1949. Essa Constituição buscou restabelecer o Estado de Direito, com a tutela dos direitos e garantias fundamentais, depois de doze anos de totalitarismo do Terceiro Reich nazista.³⁵⁶

Em 1964, com a Lei de 19 de dezembro, publicada em 1.º de abril de 1965, ocorreram mudanças significativas na StPO, dentre elas a adoção dos princípios da obrigatoriedade e oficialidade da acusação pelo Ministério Público. Restou normatizado um sistema de garantias do imputado; qualificou-se a defesa e houve agilização do processo, com a concentração de seus atos. Com a reunificação das duas Alemanhas, em 1990, houve a unificação do processo penal, sendo estabelecido como regra, o direito processual da República Federal da Alemanha.³⁵⁷

O modelo de Processo Penal na Alemanha, em termos de procedimento, está dividido, basicamente, em três etapas: a) a preparatória (*das Voverfahren*), b) intermediária (*das Zwischenverfahren*); e c) juízo (*das Hauptverfahren*). Na preparatória, ocorre a investigação para apurar-se o autor do fato típico. A fase intermediária é utilizada comumente na função de controle judicial sobre o exercício da ação penal. Finalmente, na do juízo, acontecem os debates e a decisão sobre a culpa e a pena a ser imposta ao réu.³⁵⁸

O início da fase pré-processual no modelo alemão guarda semelhança com o do brasileiro, uma vez que a notícia da infração penal pode ser levada direto ao Ministério Público ou à polícia. Diante da informação sobre a ocorrência do delito, qualquer desses órgãos iniciará a investigação preliminar.

Por outro lado, no modelo alemão, ao contrário do nosso sistema, a fase pré-processual investigatória, que antecede a ação penal, é realizada sob a presidência do Ministério Público, o qual, desse modo, foi incumbido de dirigir a investigação policial e velar pela sua legalidade.³⁵⁹

Nesse sentido, Giacomolli³⁶⁰ observa que:

³⁵⁶ DELAMAS-MARTY, 2000, p. 82.

³⁵⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 33-4 e 119. Segundo o autor “As normas processuais estão reguladas pela Lei Processual Penal de 1877 (*StrafprozeBordung* – StPO), pela Lei de Organização Judicial de 1877 (*gerichtsverfassungsgesetz* – GVG), modificadas em 1975, que se vinculam à Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz* – GG). Outras leis têm modificado e completado estes diplomas legais. Destacam-se a Lei de combate ao Tráfico de Substâncias Entorpecentes e a da Criminalidade organizada (1992), a Lei de Agilização da Justiça (1993) e a Lei de Luta contra a Criminalidade (1994)”.

³⁵⁸ KAC, 2004, p. 75.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 33.

³⁶⁰ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 119.

As autoridades policiais, após a comunicação de um fato por qualquer cidadão ou quando é constatado por meios próprios, tomam as medidas urgentes e encaminha o expediente ao Ministério Público encarregado das investigações, o qual ordenará as diligências necessárias. Há que se considerar que na Alemanha “não existe uma polícia judiciária”.

Importa salientar, também, que nesse modelo ao próprio Ministério Público é a quem se destina a Investigação Preliminar, por ele mesmo conduzida. Sobre a forma de condução da fase preparatória, Delmas-Marty³⁶¹ refere que:

La fase preparatoria está dominada por el Ministerio Fiscal que dirige la investigación, y por la Policía. La intervención del juez de instrucción se limita al control de la legalidad de las medidas coercitivas (die Zwangmassnahmen) que pueden adoptarse contra el acusado. No obstante, el juez, al valorar la necesidad de autorizar la medida, habida cuenta del grado de sospecha y de la gravedad de los hechos, procede implícitamente a un control de su oportunidad (zweckmässigkeit, § 162 STPO).

No sistema alemão, o Ministério Público, além da função típica do exercício da ação penal, tem atribuições que extrapolam aquelas que conhecemos no nosso modelo, tais como receber a comunicação de crimes das vítimas e dirigir a investigação preliminar.³⁶² No entanto, é curioso o fato do *parquet* alemão não possuir a mesma independência funcional dos juízes, uma vez que é vinculado e dependente do Poder Executivo, embora essa subordinação não tenha um caráter absoluto.³⁶³

Todavia, verifica-se que o sistema da Alemanha busca efetivar a separação das funções de acusar e julgar, diferentemente do caso do Juizado de Instrução, as quais, embora teoricamente separadas, na prática, por vezes, confundem-se. Dessa forma, em tese, temos um processo de partes – Ministério Público e Defesa - que atuam de maneira independente da esfera jurisdicional, a qual fica alheia à gestão da prova.³⁶⁴

Não obstante, na Alemanha o Ministério Público presida a investigação preliminar, mas, para realizá-la, ele depende do auxílio da polícia. Desse modo, mesmo em um sistema em que o Ministério Público preside a investigação, ele não prescinde do trabalho da polícia, a

³⁶¹ DELMAS-MARTY, 2000, p. 105.

³⁶² GIACOMOLLI, 2006, p. 120. Quanto à direção da investigação preliminar, o autor observa que “O Ministério Público dirige e coordena o procedimento investigatório, podendo decretar certas medidas sem intervenção judicial, tais como a prisão no caso de flagrante (§ 127, II, da StPO), o seqüestro de bens móveis (§98 da StPO), obrigar o comparecimento de testemunhas e suspeitos (§ 161, “a” e 163, “a”, da StPO), bem como outras, com controle judicial, tais como a prisão processual, a busca e apreensão domiciliar, o reconhecimento, o seqüestro de obra escrita (§111, “n” e 114, I, da StPO)”.

³⁶³ KAC, 2004, p. 75 seg..

³⁶⁴ CHOUKR, 2001, p. 57.

qual, no sistema alemão, lhe é subordinada, assim como acontece na Itália.³⁶⁵

Na realidade, em termos práticos, a condução da investigação preliminar no modelo alemão, fase preparatória (*Das vorverfahren*), segundo observa Delmas-Marty³⁶⁶, incumbe mesmo à polícia:

Se abre por la comunicación de la denuncia al Ministerio Fiscal, o por el atestado de la Policía. En teoría se practica una investigación previa (pre-enquête) para comprobar el fundamento tanto de los hechos denunciados como de las “sospechas serias” de que se cometió de verdad la infracción (§ 163 StPO). Sin embargo, en la práctica, la denuncia es investigada directamente por la Policía, que dirige al Ministerio Fiscal un informe final (Schlussbericht) resumiendo las investigaciones practicadas y las pruebas recogidas.

Nesse mesmo sentido são as colocações de Roxin³⁶⁷:

Y, sin embargo, en lo que corresponde al punto de vista general de hoy, la Fiscalía no es la “dueña de la fase de investigación penal” sino que las investigaciones, conforme a la descuidada regulación del § 163 II de la Ordenanza Procesal Penal, son ampliamente ejecutadas por la policía bajo su propia responsabilidad.

O procedimento preliminar é escrito e secreto, sendo que o investigado e seu defensor, salvo em situações especiais, não têm acesso à investigação. Somente ao final da fase preliminar, o investigado e seu advogado poderão consultar os autos da investigação. Na verdade, os direitos do investigado são muito limitados na fase da investigação, sendo que não há norma alguma que obrigue o Ministério Público a comunicar-lhe do início do procedimento, embora ele seja inquirido antes do término dessa fase.³⁶⁸

No sistema alemão, incide o controle judicial sobre a fase de investigação preliminar ou preparatória, com o chamado juiz de investigações (*Ermittlungsrichter*). Esse Magistrado tem a função de controlar a legalidade dos atos de coerção efetivadas (*Zwangsmassnahme*), pela polícia ou pelo Ministério Público, uma vez que este lá tem o poder de determinar tais medidas.³⁶⁹

Do mesmo modo, ocorre em relação à adoção de medidas limitativas de direitos fundamentais, as quais estão a cargo do Juiz competente, que, mediante solicitação dos órgãos de investigação, Ministério Público e/ou polícia, analisará a pertinência ou não delas.³⁷⁰ Todavia o fato de a polícia na Alemanha conduzir, na prática, parte das investigações do Ministério Público, bem como as suas, de uma forma independente, não deve criar a falsa

³⁶⁵ VALLEJO, 2003, p. 134.

³⁶⁶ DELMAS-MARTY, 2000, p. 104-5.

³⁶⁷ ROXIN, 2007, p. 33.

³⁶⁸ GIACOMOLLI, 2006, p. 123. De acordo com o autor, ao citar Jung, refere que “a fase da investigação preliminar deveria ser reformada para se reforçar os direitos de defesa e equilibrar a forte posição do Ministério Público.

³⁶⁹ KAC, 2004, p. 76.

³⁷⁰ VALLEJO, *op. cit.*, p. 134.

imagem de que o *parquet* tem poucos direitos e poderes na investigação penal.³⁷¹

A decisão sobre o arquivamento da investigação preliminar, por exemplo, no sistema alemão não há controle judicial sobre ela, pois o sistema processual penal, § 153a do Código Processual Penal, daquele país possibilita que o Ministério Público decida diretamente sobre iniciar ou não a ação penal, com um poder de decisão similar ao do Juiz. Ou seja, não há norma no sentido de que o *parquet* possa ser obrigado a exercer a ação penal pelo Judiciário, principalmente nos crimes de bagatela, naqueles em que a pena mínima é de até um ano, vigendo o princípio da oportunidade, ou melhor, de uma discricionariedade limitada pela lei.³⁷²

Especificamente em relação à propositura da ação penal, entendendo o *parquet*, que é o caso de iniciá-la, abrir-se-á uma fase dita intermediária. Essa etapa surgirá entre o fim da fase preliminar pré-processual e o processo acusatório. Trata-se de um juízo de admissibilidade da acusação. Nessa fase, o investigado tem a possibilidade de trazer aos autos as provas que entender pertinentes para que não seja aceita a acusação e instaurada a ação penal contra ele.³⁷³

Retomando a questão da investigação preliminar, vale registrar, conforme afirmou Roxin, que, na prática, o Ministério Público da Alemanha tem conduzido principalmente a fase investigatória em relação a crimes econômicos. Os demais são apurados pela polícia. Desse modo, verifica-se que o sistema vem sendo desvirtuado e está ocorrendo um controle fático da investigação pela polícia.³⁷⁴

Dessarte, o modelo alemão, em relação à fase pré-processual, guarda grande semelhança com o brasileiro. A principal diferença, além da fase da admissibilidade, também presente em alguns sistemas de Juizado de Instrução, está no fato de a Investigação Preliminar ser presidida pelo Ministério Público e não pela Autoridade de Polícia Judiciária, como no nosso caso.

No sistema da Áustria, que, formalmente, busca um processo realmente acusatório, o Ministério Público possui atribuições claras no sentido da presidência e condução da investigação preliminar. Não há Juiz de Instrução, via de regra. Entretanto, existe a fase de

³⁷¹ ROXIN, 2007, p. 35-7. Sobre o nível participação do Ministério Público e da polícia nas investigações, o autor observa ainda isto: “Y finalmente, hay que pensar que la Fiscalía en los delitos de la criminalidad doméstica, incluso hasta en el campo de la criminalidad medianamente grave, es participe menor en las investigaciones, pero es los delitos financieros y en los delitos de gobierno, en los hechos punibles económicos (abstracción hecha de la delincuencia tributaria), en los delitos que afectan en medio ambiente y en general en los hechos jurídicamente complicados, la Fiscalía tiene en control completo de la investigación en su manos”.

³⁷² CHOUKR, 2001, p. 58.

³⁷³ DELMAS-MARTY, 2000, p. 106.

³⁷⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 36. O autor observa que a legislação é imperfeita e indeterminada sobre as relações entre o Ministério Público e a Polícia, em face da não existência de uma conexão orgânica entre as instituições. O autor também refere que existem propostas que pensam que o remédio – conforme reivindica a Polícia Judiciária - seria ceder totalmente a investigação à Polícia Judiciária, e o Ministério Público limitar-se a acusar ou arquivar as investigações.

admissibilidade da acusação.³⁷⁵

A polícia pode fazer investigações em relação aos fatos delituosos que lhe forem comunicados, mas tem de dar satisfações imediatas ao Ministério Público a respeito do que apurou.³⁷⁶

3.2.2.2 O modelo italiano

Até 1988 vigia na Itália o *Código de Rocco*, o qual fora introduzido em 1930, durante o regime fascista de Mussolini. Embora várias modificações, este código manteve sua característica autoritária. O sistema era de Juizado de Instrução, sendo que o Juiz sentenciador podia utilizar a prova produzida pelo juízo de investigação como fundamentação para condenar o acusado.³⁷⁷

A partir de 1988, o sistema processual italiano foi bastante modificado. Em substituição à instrução preparatória (*istruzione formale*), levada a cabo pelo Juiz de Instrução, foi introduzida uma fase preliminar ao processo denominada fase preparatória ou investigação preliminar (*indagini preliminari*).³⁷⁸ No modelo anterior as provas eram produzidas de maneira inquisitorial, para que fossem enviadas a etapa do *giudizio*.³⁷⁹

O Juizado de Instrução fora extinto por essa reforma processual. Então pela nova sistemática do Processo Penal italiano, a investigação preliminar é atribuição do Ministério Público, e não mais ao Juiz de Instrução.³⁸⁰

Nesse sentido Cordero³⁸¹ afirma que:

³⁷⁵ CHOUKR, 2001, p. 60.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 61.

³⁷⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 253. De acordo com o autor, “O atual Código de Processo Penal italiano foi aprovado pelo decreto n. 447, de 22 de setembro de 1988, da Presidência da República, embasado na Lei Delegada n. 108, de 3 de abril de 1974, em substituição ao denominado Código de Rocco, de 1930, o qual consagrava um sistema misto, caracterizado por uma instrução inquisitorial, isto é, escrita e secreta, e por uma audiência pública e oral, do modelo acusatório. O novo código entrou em vigor um ano após a sua publicação, ou seja, em outubro de 1988.

³⁷⁸ DELMAS-MARTY, 2000, p. 353.

³⁷⁹ BASTOS, 2004, p. 55.

³⁸⁰ VALLEJO, 2003, p. 134.

³⁸¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal, tomo II**. Santa Fe de Bogotá. Colombia: LAEL. Editorial Temis, 2000, p. 140.

El nuevo sistema resulta de esa índole (o sea, que supera la herencia posinquisitoria), en la medida en que se aleja del proceso con dos etapas o mixto, ya que ha desaparecido el primer estadio y ya no hay instructores, pero la imputación (formulada por el ministerio público cuando pide que alguno sea sometido a juicio). [...] La época posinquisitoria, o del proceso mixto, en Italia, duro hasta el mes de octubre de 1989. Desde entonces no existe ya el instructor.

No modelo introduzido com o novo Código de Processo Penal – Código *Vassali*, de 1989 -, a Investigação Preliminar – *indagni preliminare* – é presidida pelo Ministério Público, que pode ele diretamente realizar a investigação ou a delega da Polícia Judiciária, a qual aquele coordena e dirige.³⁸²

Ressalta-se que o Ministério Público na Itália foi concebido como integrante da magistratura requerente.³⁸³ No desempenho das suas funções o Ministério Público, deve também de averiguar as provas atinentes à defesa, e não somente a acusação.³⁸⁴

Há um esforço do sistema italiano no sentido de evitar que a fase pré-processual seja encarada como o momento pertinente tão só na construção dos elementos acusatórios, ou seja, dirigida aos interesses do *parquet*.³⁸⁵ Entretanto as diligências investigatórias são sigilosas – secretas - havendo a proibição da publicação das investigações realizadas, a qual será feita somente depois do término do procedimento, no caso, para o investigado.³⁸⁶

Não há o contraditório formal nesse momento, mas há certos atos praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária em relação aos quais é exigida a presença do defensor, como, por exemplo, a realização de perícias técnicas que não são refeitas em juízo. No caso de detenção policial ou de prisão preventiva, o advogado tem de estar presente no interrogatório da pessoa investigada. Assim, em alguns atos, o advogado tem de ser avisado previamente e deve estar presente. Noutros, que são realizados de surpresa, ele tem a faculdade de assistir, como ocorre no sequestro de bens.³⁸⁷

³⁸² LOPES, 2009c, p. 47.

³⁸³ GIACOMOLLI, 2006, p. 254.

³⁸⁴ MENDRONI, 2002, p. 126 e 128-9. Observa-se que no sistema italiano, diferentemente do francês, o Ministério Público tem independência. O autor refere que no art. 108, da atual Constituição da Itália está expresso que o Ministério Público possui independência política, e o Poder Executivo não tem ingerência sobre ele. Esse seria, no seu ponto de vista, talvez o fator mais importante para o desempenho de sua função investigatória no modelo da Itália, uma vez que o Poder Executivo não pode impor seus interesses políticos nas investigações.

³⁸⁵ CORDERO, 2000., p. 140.

³⁸⁶ LOPES, *op. cit.*, p. 48-49.

³⁸⁷ DELMAS-MARTY, 2000, p. 357-8. *En relación à consulta a los autos da investigación preliminar, o autor (p. 391) esclarece que: “Las actas de las diligencias a las que el defensor tiene derecho a asistir se depositan en la secretaria de Ministerio Fiscal dentro de los tres días siguientes a la realización del acto, pudiendo el defensor conocerla y obtener una copia dentro de los cinco días siguientes (art. 366 DPP). El Ministerio Fiscal puede, por motivos graves, acordar por decreto motivado que se retrase el depósito de las actas. Cuando no se hubiera avisado al abogado de la celebración de la diligencia, debe serle notificado el aviso del depósito del acta levantada, y el plazo empieza a contar desde la recepción de este aviso”.*

As investigações preliminares visam esclarecer os fatos e trazer os elementos probatórios que permitirão ao Ministério Público exercitar a ação penal. Na fase *indagini preliminare*, ainda não está instaurado o processo, circunstância que motiva a repetição das provas na próxima etapa. Os atos investigatórios levados a termo pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária não se juntarão aos autos do processo, servindo apenas para análise do quanto a iniciar ou não a ação penal. Portanto, para a decisão judicial de mérito, mormente quanto a uma condenação, serão considerados apenas os elementos probatórios produzidos em juízo e submetidos ao contraditório da defesa.³⁸⁸

Embora a investigação preliminar seja presidida pelo Ministério Público, podendo ele realizá-la diretamente, Choukr³⁸⁹ pontua que a Polícia Judiciária tem papel ativo nos *indagini preliminare*:

Cabe ressaltar que a condução das investigações pelo MP não exclui a atividade investigativa desenvolvida pela Polícia Judiciária, esta atuando sob a coordenação do Ministério Público, mas podendo realizar atos tendentes a colher meios de prova para a formação do juízo de convicção pelo legitimado ativo, e desenvolvendo, ainda, atividades que lhe são típicas, v.g., a identificação criminal.

Portanto o Ministério Público pode delegar as investigações preliminares à Polícia Judiciária, embora tenha o poder de comandá-las ou de realizá-las diretamente. Ou seja, o Ministério Público tem livre a disposição sobre a maneira como serão conduzidas as indagações preliminares. Observa-se, ainda, que, atualmente, a legislação permite, inclusive, que a Polícia Judiciária realize, por sua própria iniciativa, os atos investigatórios que entenda necessários ao esclarecimento da infração penal.³⁹⁰

Sobre as funções dos operadores da investigação preliminar, Cordero³⁹¹ refere o seguinte:

Operadores. Son dos: el ministerio público y la policía (art. 326); el primero dirige las investigaciones y “dispone directamente” de la segunda (art. 327), o sea de la policía; esta última actúa inclusive motu proprio y le es delegable, específicamente, todo acto (art. 370, apto. 1.º).

³⁸⁸ LOPES, 2009c, p. 49.

³⁸⁹ CHOUKR, 2001, p. 63.

³⁹⁰ DELMAS-MARTY, 2000, p. 357. Nesse sentido, o autor esclarece que antes da Lei da Criminalidade Mafiosa (Lei n.º 356/92), somente os interrogatórios não podiam ser delegados pelo Ministério Público à Polícia Judiciária. Essa lei possibilitou que nesses casos também os interrogatórios fossem delegados à polícia. Depois com a aprovação da legislação sobre criminalidade organizada, as limitações de delegação de atos investigatórios à Polícia Judiciária foram suprimidas, bem como se criou a possibilidade de ela realizar, por sua própria iniciativa, as diligências que entendesse e entender pertinentes, salvo nos casos de delegação específica pelo Ministério Público.

³⁹¹ CORDERO, 2000, p. 143.

Sobre as atribuições da Polícia Judiciária no modelo italiano, Ferrajoli³⁹² observa que:

As funções da polícia judiciária são definidas, em via geral, pelo art. 55 do Código de Processo Penal: “a polícia judiciária deve, ainda que por iniciativa própria, tomar nota dos crimes, impedir que venham a causar conseqüências ulteriores, pesquisar os autores, realizar os atos necessários para assegurar as fontes de prova e recolher tudo quanto possa servir para aplicação da lei penal. Desenvolve, ainda, todas as investigações e atividades dispostas ou delegadas pela autoridade judiciária”. Podemos distinguir em duas categorias os poderes a ela atribuídos para o desenvolvimento destas funções: os poderes exercitados por meio de medidas de restrição cautelar da liberdade pessoa do indiciado e aquelas, igualmente cautelares, que se expressam nas investigações sumárias e nas suas conexas atividades instrutórias.

Observa-se que no sistema italiano a Polícia Judiciária (*polizia giudiziaria*) atua em sintonia com o Ministério Público (*pubblico ministero*), sendo que ela tem o dever legal de comunicar àquele órgão imediatamente a notícia-crime que chegar ao seu conhecimento.³⁹³ Desse modo, a atuação da polícia está sob permanente fiscalização do Ministério Público. A função dela é principalmente dirigida a assegurar as fontes de prova, bem como apurar a identidade dos indivíduos que estão envolvidos no fato em apuração.³⁹⁴

A respeito das relações entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, Cordero³⁹⁵ observa:

En la antigua práctica, bajo el Código de 1930, la policía hacía la instrucción previa; concentrados en el informe, los resultados alimentaban el aparato decisorio; eran un instrumento muy cómodo los resúmenes de la instrucción previa (supra, 6.7 y ss. Y 7.1-6). El nuevo Código (hasta el 8 de junio de 1992) proclamó un ministerio público dueño del caso ab ovo, pues el órgano policivo, receptor y percipiente, le comunica la noticia en el término de 48 horas (art. 357, apdo. 1.º); en espera de instrucciones recoge materiales (art. 348, apdo. 1.º); ejecuta sus ordenes; cumple eventuales delegaciones; el artículo 370, apartado 1º, excluye de los actos delegables el interrogatorio y el careo con la persona sometida a investigación.

Não obstante o *parquet* conduza a investigação prévia de forma autônoma, quanto ao arquivamento dos *indagini*, incide o controle judicial. A supervisão judicial da investigação é

³⁹² FERRAJOLI, 2002, p. 634.

³⁹³ DELMAS-MARTY, 2000, p. 357. Sobre la forma de organización da *polizia giudiziaria* ou *servizi di polizia giudiziaria*, o autor tras esclarecimientos a saber (p. 345-351): “La Constitución prevé que la autoridad judicial dispone directamente de la policía judicial (art. 109), compuesta del personal perteneciente a los tres cuerpos principales de policía, en sentido amplio, que se distinguen por su dependencia orgánica. La *Polizia di Stato* está situada bajo la autoridad del Ministro de Interior, el *Arma dei Carabinieri* está vinculada al Ministerio de Defensa, y la *Guardia di Finanza* depende del Ministerio de Hacienda. El tribunal Constitucional ha precisado que la relación de subordinación es meramente funcional, y no está en contradicción con el vínculo de dependencia burocrática y disciplinaria que une la policía con el Poder Ejecutivo. [...] se prohíbe al ejecutivo separa de su función a un miembro de una sección sin autorización del jefe de la oficina de la que depende. Las secciones deben estar constituidas por un personal que no puede ser inferior al doble del número de puestos de magistrats previsto para el tribunal o para la pretura”.

³⁹⁴ RANGEL, 2003, p. 155.

³⁹⁵ CORDERO, 2000, p. 143.

realizada por um magistrado especial denominado *Juiz da Fase Preparatório ou Juiz da Investigação Preliminar*, de acordo com Delmas-Marty³⁹⁶:

El Juez de la investigación preliminar (giudice per le indagini preliminari), instituido por el nuevo Código en cada tribunal y en cada pretoría, interviene en tres conceptos en la investigación: en el control de la iniciativa de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales y de la libertad individual, en el control de la duración de las investigaciones preliminares y el ejercicio de acción penal, así como, en su caso, para la práctica anticipada de la prueba.

Sobre a *indagini preliminari*, presidida pelo Ministério Público e levada a cabo pela Polícia Judiciária, Giacomolli³⁹⁷ observa que:

Elabora-se o “inquérito preliminar” ou *fasciolo delle indagini*. Esta fase termina com uma audiência preliminar (*udienza preliminare*), que serve de ponte entre a fase de investigação e a fase processual propriamente dita, destinada à demonstração do complexo da atividade probatória à formulação de um juízo (*dibattimento*). Tanto a acusação, quanto a defesa podem provocar um verdadeiro incidente probatório, requerendo a produção de provas na audiência preliminar.

Portanto, encerrada a fase da investigação preliminar, o Ministério Público deve fazer novas diligências em complemento à investigação ou iniciar a ação penal. Então não pode arquivá-la diretamente.³⁹⁸ O Ministério Público está proibido de apreciar a oportunidade do exercício da ação penal, uma vez que vige na Itália o princípio da legalidade e obrigatoriedade da ação penal (*obbligatorietà dell'azione penale*), a ser controlada pelo Juiz da Investigação Preliminar.³⁹⁹

De acordo com o procedimento adotado no novo sistema italiano, na hipótese do Ministério Público solicitar o arquivamento da *indagini preliminari*, o Juiz da Investigação Preliminar poderá acatar o pedido, bem como recusá-lo.⁴⁰⁰ Salienta-se que o tema já foi objeto de pronunciamento da Corte Constitucional da Itália, que não lhe deu guarida, afirmando que o Ministério Público continuava a ter liberdade no tocante à natureza e ao conteúdo da investigação preliminar. Portanto seria equivocado pensar que haveria subordinação do *parquet* ao Judiciário.⁴⁰¹

³⁹⁶ DELMAS-MARTY, 2000, p. 347.

³⁹⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 254.

³⁹⁸ MENDRONI, 2000, p. 128.

³⁹⁹ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 349.

⁴⁰⁰ MONTROYA, Dario Bazzani. Estructura del proceso en el sistema acusatorio. Análisis de la reforma constitucional en Colombia. In: **Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica**. Bogotá: LAEL, 2003, p. 312.

⁴⁰¹ CHOUKR, 2001, p. 64-5.

Parece-nos acertada a posição da Corte Constitucional italiana, uma vez que lá a sistemática, quanto à condução da investigação, é diferente da brasileira. Como na Itália o Ministério Público preside diretamente a investigação, caso ele tivesse o poder de arquivá-la internamente, também haveria uma distorção no sistema. Ou seja, o *parquet* não seria somente o titular a investigação preliminar e da ação penal, mas o árbitro supremo da persecução criminal, o que se traduz em poder demasiado, propício ao arbítrio.

Evidencia-se que no sistema italiano o Judiciário pode mesmo obrigar o Ministério Público a dar início ao processo, embora se sustente que isso não seria uma imposição cega, pois haveria sempre a possibilidade da solicitação de arquivamento. No entanto, essa circunstância é discutível e criticável, uma vez que, não sendo o caso de arquivamento, a ingerência do Juiz, no sentido de obrigar o exercício da ação penal, não se coaduna como modelo acusatório de processo que a Itália se propõe a alcançar.⁴⁰²

3.2.2.3 O modelo português

Com a Constituição de 1976, o sistema processual português sofreu modificações, sendo que na seara criminal, nitidamente, inclinou-se por uma opção liberal e democrática.⁴⁰³ Em relação à vinculação do atual texto da Constituição de Portugal, bem como do poder judicial, à tutela dos Direitos Fundamentais, Canotilho⁴⁰⁴ afirma que:

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). [...] aos tribunais cabe a tarefa clássica da <<defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos>> (CRP, artigo 205.º/2). Os tribunais, porém, como *órgãos do poder público*, devem considerar-se vinculados

⁴⁰² CHOUKR., 2001, p. 65-6.

⁴⁰³ GIACOMOLLI, 2006, p. 277. Segundo o autor, “A Constituição da República de 1976 havia elevado à categoria de direitos fundamentais diversos princípios, mormente a subsidiariedade da prisão preventiva, a regularidade probatória, a compatibilidade entre a celeridade e a garantia da defesa, a assistência de defensor e a garantia do Juiz natural”.

⁴⁰⁴ CANOTILHO, 2003, p. 407-8 e 446.

pelos direitos fundamentais. Esta **vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias** efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do *processo* justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões jurisdicionais* pelos direitos fundamentais materiais.

Pode-se destacar que essas mudanças constitucionais consagraram um modelo de Processo Penal Acusatório.⁴⁰⁵ Todavia o modelo não pode ser considerado acusatório puro, uma vez que foram atribuídos ao Judiciário alguns poderes autônomos de investigação, em nome das exigências de verdade, no Código de Processo Penal de 1988.⁴⁰⁶

Conforme disposição do Código de Processo Penal português de 1988, a investigação preliminar abandonou o modelo do Juizado de Instrução, inspirado nos sistemas da Espanha e da França.⁴⁰⁷ A presidência da investigação preliminar ficou a cargo do Ministério Público, o qual integra o Poder Judiciário, motivo pelo qual os membros do *parquet* são também considerados magistrados em Portugal. Essa situação lhes garante autonomia e independência.⁴⁰⁸

Sobre a fase da investigação preliminar no sistema português – a qual faz parte do processo - afirma Dantas⁴⁰⁹:

En verdad, el proceso comienza por una fase preliminar a cargo de una entidad pública – el Ministerio Público- a quien le fueron atribuidos de iniciativa procesal, y que está dominado por su carácter oficial, por su carácter secreto y por la ausencia de contradicción. Las pruebas recogidas en esta fase del proceso se destinan a apoyar la decisión de sumisión o no al juicio y, por norma, no pueden ser usadas en la fase de audiencia.

No sistema português, quando se fala em *instrução*, refere-se à fase do processo propriamente dito, quando iniciada a ação penal. A fase preliminar preparatória, dirigida pelo Ministério Público, em que não há o contraditório e que tem a função de apurar a materialidade do delito e sua autoria, para a adequada propositura da ação penal, é chamada

⁴⁰⁵ GIACOMOLLI, 2006., p. 279.

⁴⁰⁶ DANTAS, Antonio Leones. *In: Sistemas de proceso penal en Europa. Director: Ramón Maciá Gómez.* Barcelona: CEDECS, 1988, p. 77.

⁴⁰⁷ LOPES, 2008c, p. 59.

⁴⁰⁸ BASTOS, 2004, p. 49. O autor traz parte do texto do Código de Processo Penal e Constituição de Portugal, os quais, respectivamente, vale citar: “Art. 263-º (*direção do inquérito*): 1. A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2. Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional. Art. 270-º (**actos que podem ser delegados pelo Ministério Público nos órgãos de polícia criminal**): 1. O Ministério Público pode conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito. 2. Exceptuam-se do disposto no número anterior, além dos actos que são da competência exclusiva do juiz da instrução, nos termos dos artigos 268-º e 269-º, actos seguintes...”. art. 219 da Constituição de Portugal: 1. Ao Ministério Público compete...; 4 Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”.

⁴⁰⁹ DANTAS, *op. cit.*, p. 77-8

de *inquérito*. A polícia criminal, que é auxiliar do *parquet*, possui dependência funcional do titular da investigação criminal – o Ministério Público.⁴¹⁰

Nesse sentido, Fernandes⁴¹¹ esclarece que:

No modelo introduzido pelo C. P. P. de 1987, o processo comum foi dividido em apenas duas fases: a preparatória e a de julgamento. A primeira delas, a fase preparatória, efectiva-se por uma só, ou duas fases preliminares, ou seja, um inquérito que é obrigatório e uma instrução sempre facultativa. [...] Segue-se uma fase autónoma de instrução, dirigida por um juiz diverso daquele que intervirá no julgamento e destinada à comprovação da decisão do ministério público de deduzir a acusação ou arquivar o inquérito. Finda a instrução, ou não requerida a sua abertura, segue-se o julgamento, a ser realizado perante um juiz singular, um tribunal colectivo, ou pelo tribunal do júri, conforme a gravidade (e excepcionalmente) a natureza do crime acusado.

Cabe ao Ministério Público, portanto, realizar a persecução dos delitos, desde a fase do inquérito, realizando a mais profunda apuração do fato delituoso. Assim, segundo o art. 14 do DL 35.007, na direção da instrução preparatória, deverá observar o princípio da legalidade e tem dever de objetividade.⁴¹²

Por outro lado, embora no modelo português os membros do Ministério Público sejam considerados magistrados, suas funções não são jurisdicionais. Mas as suas prerrogativas não vão além dos poderes de investigação e de iniciação da ação penal.⁴¹³

No sistema português, atua na fase preliminar um Juiz Instrutor, o qual faz o papel de *juiz de garantias*, uma vez que lhe cabe intervir nos atos que possam violar direitos e garantias fundamentais realizados pelo promotor investigador.

Nesse sentido, Dantas⁴¹⁴ assevera que:

A pesar de que el código tiene atribuido al Ministerio Publico la responsabilidad de la dirección y realización del inquérito, los actos procesales que pueden perturbar derechos fundamentales están judicializados. El nivel de intervención del juez de instrucción en el inquérito depende de la naturaleza de los actos a llevar a cabo. Así, hay actos en que la ley exige la intervención del propio juez de instrucción y hay otros en que la Ley se contenta con la previa autorización para su realización. La intervención del juez en el inquérito surge, así como una forma de garantía de que las lesiones de los derechos solo ocurran en la medida estrictamente necesaria en la realización de los objetivos del proceso y cuando la ley lo permita. Eu juez de instrucción es ajeno a la definición de los objetivos del inquérito y la dirección funcional de este.

⁴¹⁰ GIACOMOLLI, 2006, p. 279.

⁴¹¹ FERNANDES, 2001, p. 527.

⁴¹² CHOUKR, 2001, p. 66.

⁴¹³ RANGEL, 2003, 163.

⁴¹⁴ DANTAS, 1988, p. 80-1.

No sistema português, o Ministério Público, na tarefa de realizar a investigação preliminar, será apoiado pela Polícia Judiciária. Entretanto, apesar do MP ser o *dominus* do inquérito, a direção que lhe é conferida não exige que ela seja real e efetiva, *bastando uma direção funcional*.⁴¹⁵ Assim, embora nessa fase o Ministério Público tenha a função de presidir de forma direta o inquérito, tais funções podem ser delegadas à Polícia Judiciária, a qual irá realizar as diligências sob a coordenação do *parquet*.⁴¹⁶

A respeito das relações da polícia e do Ministério Público, quando da realização da investigação preliminar, Dantas⁴¹⁷ observa o seguinte:

El Ministerio Público, con la colaboración de la policía, lleva a cabo las tareas necesarias a realizar en el inquérito, pero siempre que tenga que realizar actos que perturben directamente derechos fundamentales tiene que provocar la intervención del juez de instrucción. Para llevar a cabo la realización de tareas del inquérito las autoridades policiales se colocan bajo la dependencia funcional del Ministerio Público. A través de esta dependencia se sujeta la intervención policial a un control permanente de una autoridad judicial.

Salienta-se que no sistema português, da mesma forma como no italiano, o Ministério Público será o endereço final da investigação preliminar preparatória, a qual ele próprio dirigiu. Concluída a fase da investigação preliminar, surge como possibilidade, para o conteúdo daquilo que foi produzido nessa fase, tendo por base os critérios da legalidade e objetividade, o arquivamento do inquérito, o exercício da ação penal, decidir o Ministério Público pela suspensão do processo ou pelo rito do simplificado do processo sumaríssimo.⁴¹⁸

Em relação ao não exercício da ação penal, chamado pelo legislador português de *abstenção da acusação*, o controle que existe é interno ao Ministério Público. A comunicação ao Procurador-Geral de que a investigação preliminar fora arquivada, poderá ser feita pela

⁴¹⁵ CHOUKR, 2001, p. 66-7. De acordo com o autor, a jurisprudência portuguesa, ao decidir sobre a forma de condução do inquérito pelo Ministério Público, observou que “São válidos e não geradores de nulidade os atos de instrução dos processos crime efetuados pelas Polícias ao abrigo do Despacho do Procurador-Geral da República, de 21 de dezembro de 1987, por o conceito de direção da instrução conferida ao MP pelos artigos 53 e 263 do CPP não exigir a direção real e efetiva, e se contentar com uma direção funcional da mesma”.

⁴¹⁶ KAC, 2004, p.73.

⁴¹⁷ DANTAS, 1988, p. 81.

⁴¹⁸ FERNANDES, 2001, p. 527-528. Segundo o autor, uma visão panorâmica do processo penal português, no modelo introduzido pelo C.P.P., de 1987 (na fase do inquérito), seria a seguinte: “se inicia com o recebimento da notícia do crime pelo Ministério Público (art. 241º), ensejando a abertura da fase do inquérito, dirigida por esta instituição com assistência dos órgãos de polícia criminal (art. 262º e seguintes). Como titular da fase do inquérito, o Ministério Público encerra-a (nos prazos abstractamente previstos em função da gravidade do crime e de o arguido se encontrar ou não privado da sua liberdade: art. 276º) proferindo despacho de acusação ou arquivamento”.

vítima, pelo magistrado ou pelo próprio promotor que conduziu a fase preliminar, nos trinta dias subsequentes ao despacho de arquivamento. O Procurador Geral poderá determinar que seja revisto o despacho.⁴¹⁹ Desse modo, basicamente o controle sobre o exercício da ação penal é hierárquico.⁴²⁰

Exercitada a ação penal pelo Ministério Público, a legislação portuguesa também traz a possibilidade – facultativa como já pontuado - de uma fase de admissibilidade da acusação (*fase intermediária*) com o contraditório entre a acusação e defesa perante o Juiz de Instrução, que discutirá sobre a procedência da acusação. Nesse momento, há um controle do Poder Judiciário sobre a postura de exercer a ação penal por parte do Ministério Público.⁴²¹

Ao contrário da fase da investigação preliminar, em que o juiz fica totalmente alheio ao processo, nessa etapa de admissibilidade da acusação, ele tem participação ativa. Aqui ele dispõe livremente sobre os atos a serem apurados, para analisar a possibilidade da acusação capitaneada pelo Ministério Público, podendo o Juiz inclusive rechaçar a acusação do *parquet*.⁴²²

Cabe observar ainda, que o modelo de Portugal o legislador buscou nitidamente, um sistema *garantista*, no qual a função do Juiz é tutelar os direitos e as garantias fundamentais do acusado, motivo pelo qual o magistrado restou desvencilhado da persecução criminal.

A função persecutória ficou ao encargo do Ministério Público, que é o presidente da investigação preliminar e titular da ação penal. Desse modo, o Magistrado atua na sua ideal função, ou seja, na função de garantidor.⁴²³ Por isso, nesse aspecto, o modelo português no âmbito internacional é visto como modelo.

⁴¹⁹ CHOUKR, 2001, p. 68

⁴²⁰ FERNANDES, 2001, p. 529. Refere o autor que existe, também, um controle judicial sobre o poder do Ministério Público de acusação ou não acusação, através do direito que facultado tanto ao arguido, no caso de acusação (art. 287º, nº 1, alínea a), como ao assistente, na hipótese de não acusação (art. 287, nº 1, alínea b), de requererem a abertura da instrução, fase processual esta, conforme já visto, destinada a comprovar judicialmente a decisão de levar ou não a causa a julgamento.

⁴²¹ RANGEL, 2003, p. 165. Sobre essa fase intermediária vale trazer o texto do Código de Processo Penal, citado pelo autor, uma vez que é bastante esclarecedor: “Art. 289 – A instrução é formada pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado, mas não as partes civis. Art. 298 – O debate instrutório visa permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento”.

⁴²² DANTAS, 1988, p. 85.

⁴²³ GIACOMOLLI, 2006, p. 279-80.

3.2.2.4 Os modelos dos códigos das províncias de Córdoba e de Tucumã na Argentina

Já fora esclarecido que no modelo jurídico da Argentina, aos moldes do sistema que vigia até a década de trinta no Brasil, é possível que as províncias editem legislações, inclusive na seara processual penal, de conteúdo diverso do da União.

Como se constatou, na regra geral, o sistema adotado é o de Juizado de Instrução, sendo que, excepcionalmente, o Ministério Público conduz a investigação, quando expressamente esse poder for-lhe conferido pelo Juiz Instrutor.⁴²⁴

Mas na Argentina a investigação também pode ser presidida pelo Ministério Público, como, por exemplo, é o caso das províncias de Córdoba e de Tucumã. Do mesmo modo, na Província de Buenos Aires, recente reforma processual deu novos poderes ao *Ministerio Público Fiscal*, o qual, além da tarefa de iniciar a ação penal, recebeu a função de conduzir a investigação preliminar preparatória e orientar as atividades da polícia.⁴²⁵

Os modelos das províncias de Córdoba e de Tucumã são considerados acusatórios – ao contrário do nacional, de Juizado de Instrução, o qual é visto como inquisitorial. Aqueles sistemas são inspirados no chamado Código Maier, conforme escreve Pastor⁴²⁶:

El Código Maier, desechado por la Nación en 1991 [...], fue tomado, con ligeras modificaciones, por la provincia de Córdoba. También Tucumán adoptó en la versión Córdoba. [...] En el Código Maier la Fiscalía es la señora de la investigación preliminar. Eso puede estar bien o mal (yo creo que está bien), pero ya es un valor que sepamos que es así, pues en el CPP Nación vigente no sabemos si la instrucción es jurisdiccional o fiscal, no sabemos con seguridad qué puede hacer el juez y qué el fiscal durante la instrucción.

Segundo Kac, existe, na atualidade, uma tendência crescente no sentido de se atribuir a investigação criminal ao Ministério Público na Argentina com a extinção dos Juizados de Instrução. Nesse caso, o *parquet* assume a direção da investigação preliminar, sendo que a polícia lhe prestará auxílio. Ao magistrado, restará a função de controle da investigação, e da atuação do Ministério Público, no papel de Juiz de Garantias.⁴²⁷

No mesmo sentido, Binder entende que a investigação criminal deva mesmo ser presidida pelo Ministério Público, circunstância a qual acarretará menos formalidade nos atos

⁴²⁴ BASTOS, 2004, p. 78.

⁴²⁵ KAC, 2004, p. 82.

⁴²⁶ PASTOR, 2004, p. 229-230. A denominação do Código (Maier) deve-se ao autor do projeto: o jurista argentino Julio Maier.

⁴²⁷ KAC, *op. cit.*, p. 83.

investigatórios.⁴²⁸ Todavia Binder⁴²⁹ critica a forma de organização e de atuação do Ministério Público na América Latina:

Pero dentro de ese contexto, qué función propia cumple el Ministerio Público Penal? Pareciera que ninguna, y eso es lo que llevó a algunos países – como Chile y Honduras – a suprimir substancialmente esa institución. La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo, es una realidad cotidiana en la minoría de los países latinoamericanos. No solo no aporta nada en la investigación, por ejemplo, sino que tampoco cumple alguna función importante en la preservación de la imparcialidad del juez. No olvidemos que la adopción del sistema acusatorio formal tenía como propósito fundamental evitar la contaminación del juez mediante la concentración de funciones.

De qualquer sorte, na província de Tucumã, embora a presidência seja do *parquet*, o início da fase pré-processual investigatória pode ocorrer tanto pelo Ministério Público, como pela autoridade policial. Acentua-se que a Polícia Judiciária pode desenvolver a investigação de maneira direta, mas a presidência e o juízo de valor sobre o que fora apurado, inequivocamente, serão do Ministério Público, ao qual, claramente, aquela é subordinada.⁴³⁰

O Código da Província de Tucumã estipula que a decisão sobre acusar ou arquivar a investigação preliminar é também do *parquet*. Exercitada a acusação, há uma fase de admissibilidade da ação penal. No caso da solicitação de arquivamento, caso o Juiz não a aceite, far-se-á a remessa dos autos ao “promotor” da Câmara de Apelações. Caso este também entender que é caso de arquivamento, assim se procederá. Do contrário, ele próprio exercerá a ação penal.⁴³¹

3.2.2.5 O modelo mexicano

O modelo do México tem semelhança com os demais já estudados, que é, como os outros, considerado acusatório. No sistema federal mexicano, de acordo com o art. 21 da Constituição, o Ministério Público é o encarregado da investigação e persecução dos delitos.⁴³² Vale lembrar que esse é o modelo atual, pois no anterior o Juiz podia efetuar atos investigatórios à revelia do acusador principal, o que era um traço característico de um

⁴²⁸ BINDER, 1997, p. 168-175

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 168.

⁴³⁰ LOPES, 2009c, p. 70.

⁴³¹ CHOUKR, 2001, p. 69.

⁴³² BASTOS, 2004, p. 85.

sistema inquisitorial.⁴³³

Não obstante a presidência e a condução da investigação preliminar serem exercidas pelo *parquet*, vale pontuar que na prática a Polícia Judiciária pode iniciá-la e exercitá-la também diretamente. Aliás, esse é o traço característico de quase todos os modelos em que o Ministério Público preside a fase preliminar.⁴³⁴

Mas, nesse sentido, assevera Choukr⁴³⁵ que os atos realizados pela Polícia Judiciária deverão ser homologados pelo Ministério Público:

Há uma profunda subordinação da Polícia Judiciária ao Ministério Público e as diligências de apuração prévias pelos integrantes da Polícia Judiciária somente serão válidas se são dirigidas pelo Ministério Público, ainda que a Corte de Justiça da Nação tenha decidido que nos casos em que o MP atue como chefe de Polícia Judiciária, os atos por ela praticados serão validados.

Desse modo, no México, a instrução preliminar é, em regra, executada diretamente pela polícia, sob a direção do Ministério Público, conforme a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral da República. A Polícia Judiciária age, inclusive, sob a autoridade e as ordens do Ministério Público, praticando as diligências imprescindíveis à instrução criminal.⁴³⁶

A investigação preliminar acontece de forma sigilosa e escrita, sendo que apenas as partes têm acesso aos autos. O sumário preliminar é dirigido ao *parquet*, mas nessa fase não existe a diferenciação nas funções de julgar, acusar e defender. Em termos de contraditório, ele se restringe à inquirição do acusado, motivo pelo qual a possibilidade de defesa é bastante reduzida.⁴³⁷

Em relação ao encaminhamento da conclusão da fase preparatório preliminar, o magistrado não tem qualquer controle sobre ela. Ou seja, na hipótese na qual o Ministério Público entender que é caso de arquivamento, a única via para reverter tal juízo de valor é o controle hierárquico, a vítima poderá recorrer para órgão superior do próprio *parquet*.⁴³⁸

Isso coloca o Ministério Público como senhor absoluto do exercício ou não da ação penal. Muito embora, importa salientar, a posição institucional do Ministério Público mexicano seja de dependência do Poder Executivo, o que é prejudicial a sua atuação, na nossa

⁴³³ CHOUKR, 2001, p. 70.

⁴³⁴ BASTOS, 2004, p. 85.

⁴³⁵ CHOUKR, *op. cit.*, p. 70.

⁴³⁶ BASTOS, *op. cit.*, p. 85.

⁴³⁷ KAC, 2004, p. 50-51.

⁴³⁸ CHOUKR, *op. cit.*, p. 71.

óptica, uma vez que a ingerência política pode minar seu desempenho e autonomia.⁴³⁹

Resta ao Juiz apenas o juízo de valor quanto à aceitação da ação da acusação, podendo rejeitá-la na hipótese de falta dos requisitos no Art. 16 do Código de Processo Penal federal do México, não há uma etapa específica de juízo de admissibilidade com o contraditório anterior ao início da ação penal.⁴⁴⁰

3.2.2.6 Os modelos andinos – Colômbia, Equador e Peru

A Colômbia adota um sistema acusatório em que há a separação entre as funções de acusar e de julgar. Esse modelo foi consolidado a partir da vigência da reforma constitucional de 1991, a qual acabou com o Juizado de Instrução no país e afastou, definitivamente, o Juiz da atividade de investigar e de acusar.⁴⁴¹

Em 2002, foram criados os *Juizes de Garantias*, os quais são encarregados de analisar as medidas cautelares restritivas de direitos e controlar os promotores no desempenho da atividade investigatória, mormente quanto às prisões administrativas.⁴⁴² Também ficou vedada na reforma processual a possibilidade do *Juiz de Garantias* atuar como Magistrado no processo de conhecimento naqueles casos que exerceu a primeira função.⁴⁴³

A partir de então o Ministério Público (*Fiscalía*) é o encarregado de dirigir a investigação preliminar e promover a ação penal.⁴⁴⁴ Todavia essas competências não são absolutas. De acordo com Sánchez⁴⁴⁵:

Por mandato constitucional se atribuyó a la fiscalía la investigación y acusación de todos los delitos, siendo de competencia exclusiva del juez el juzgamiento, lo cual asegura la independencia de éste, con excepción de algunos casos que la Constitución Política señala de forma taxativa: 1º Investigación y juzgamiento de los miembros del congreso de la República, quienes son investigados, acusados y juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (núm. 3 art. 235 C. N.);

⁴³⁹ BASTOS, 2004, p. 85.

⁴⁴⁰ CHOUKR, 2001, p. 71.

⁴⁴¹ VARELA, Francisco José Sintura. Observaciones a las reformas de fiscalía. In: **Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica**. Bogotá: LAEL, 2003, p. 281. Segundo o autor: “Para estos efectos, en nuevo modelo, la Fiscalía asume la función exclusiva de investigación, y remete el ejercicio de las funciones típicamente judiciales a los jueces, correspondiendo a estos adoptar la decisión sobre la libertad de los procesados, sus bienes y autorizar la preclusión de la investigación, todo ello en marco de un método de juzgamiento oral, público, y concentrado”.

⁴⁴² MAHECHA, 2003, p. 272.

⁴⁴³ GUZMÁN, Augusto José Ibáñez. Estándares internacionales para la reforma al “sistema penal colombiano”. In: **Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica**. Bogotá: LAEL, 2003, p. 197.

⁴⁴⁴ MAHECHA, *op. cit.*, p. 265-70.

⁴⁴⁵ SÁNCHEZ, Alberto Suárez. **El debido proceso penal**. 2.Ed. Bogotá: LAEL, 2001, p. 202.

2º Investigación y juzgamiento de miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (inc. 1 art. 250 C.N.); y, 3º Investigación y juzgamiento de altos funcionarios del Estado (núm. 2. art. 235 C. N.).

O Ministério Público, na Colômbia, também desempenha funções de Polícia Judiciária.⁴⁴⁶ Desse modo, além do Ministério Público comandar a Polícia Judiciária e a investigação preliminar, ele próprio pode desempenhar funções típicas de polícia judiciária no curso da investigação.⁴⁴⁷ Essa é uma das principais dificuldades da investigação criminal na Colômbia, uma vez que vários órgãos podem desempenhar as funções de Polícia Judiciária.⁴⁴⁸

Importa ressaltar que o projeto de reforma processual na Colômbia, por meio do Ato Legislativo 3, de 2002, previu um modelo de investigação preliminar dividido em duas fases: *a fase preliminar*, a qual é secreta – até para o investigado - é delegada à Polícia Judiciária, em cuja fase não se produzirão provas e não se limitarão direitos dos investigados. Na segunda fase, da *investigação formal*, conduzida diretamente pelo Ministério Público, haverá produção de provas, conhecimento da imputação ao investigado e possibilidade de restrição de seus direitos fundamentais.⁴⁴⁹

O Equador adotou um sistema processual penal acusatório misto a partir da vigência do Código de Processo Penal promulgado em 2000.⁴⁵⁰ Essa norma processual penal, decorrente da reforma constitucional de 1998, em seus artigos 217, 218 e 219 definiu o Ministério Público como titular da ação penal, bem como presidente da investigação preliminar.⁴⁵¹

Os juízes – que antes da reforma eram encarregados da investigação dos delitos – pelo novo ordenamento constitucional e processual passaram a desempenhar o importante papel de *Juiz de Garantias* e de controle da atividade do Ministério Público quanto à busca da verdade no processo, tanto sobre a infração penal, como em relação à culpabilidade.⁴⁵²

Todavia na condução da investigação preliminar, o Ministério Público deverá contar com o apoio da Polícia Judiciária. Na realidade, conforme assinala Gómez, observa-se que a Polícia Judiciária e o órgão pericial são organizados pelo próprio Ministério Público do Equador – do qual fazem parte - para que este desempenhe a função de investigar os fatos

⁴⁴⁶ KAC, 2004, p. 85.

⁴⁴⁷ MAHECHA, 2003, p. 271.

⁴⁴⁸ BASTOS, 2004, p. 84.

⁴⁴⁹ MONTOYA, 2003, p. 306-7.

⁴⁵⁰ CASTELLÓN, Arturo Javier Danoso. Sistema procesal penal acusatorio. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003, p. 141.

⁴⁵¹ GÓMEZ, Ernesto Albán. La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá. LAEL, 2003, p. 150.

⁴⁵² CASTELLÓN, *op. cit.*, p. 143.

delituosos.⁴⁵³

O Ministério Público, como presidente da investigação preliminar, poderá, diretamente, ou por meio da Polícia Judiciária, receber as denúncias dos crimes de ação pública. A partir daí, com auxílio da Polícia Judiciária, controlará e dirigirá a investigação com amplos poderes de diligência para apuração da infração.⁴⁵⁴

Caberá também ao Ministério Público a solicitação ao Juiz da expedição de medidas cautelares pessoais, como, por exemplo, a detenção para investigação e a prisão preventiva. Caso existam elementos suficientes em relação à materialidade e autoria, o Ministério Público iniciará a ação penal ou se absterá de acusar na hipótese de não ter reunido tais requisitos.⁴⁵⁵

O sistema do Peru também possui um sistema do tipo acusatório misto. O Código de Processo Penal peruano, de 1994, tem um procedimento dividido em três etapas: a) a investigação preliminar; b) a instrução; e c) o julgamento. A primeira fase, a da investigação preliminar, é conduzida pelo Ministério Público, auxiliado nessa função pela Polícia Judiciária. Na segunda fase do procedimento, o Juiz de Instrução preside o feito, o qual é conduzido de forma escrita e secreta.⁴⁵⁶

Há o contraditório e o direito à defesa, mas são restritos a determinadas diligências. Na hipótese da necessidade de cautelares de urgência, serão elas postuladas diante do Magistrado de Instrução, com a possibilidade de recurso contra a decisão, inclusive de *habeas corpus* aos tribunais superiores. Na última etapa, a do julgamento, intervém um júízo colegiado, em procedimento acusatório puro, com separação nítida das atividades de acusar, defender e julgar.⁴⁵⁷

Ainda sobre a condução da investigação e da relação entre o Ministério Público e a polícia no sistema peruano, Kac⁴⁵⁸ destaca:

A *fiscalía* é quem conduz as investigações penais e a polícia está obrigada ao cumprimento de suas ordens para o correto desempenho de seu trabalho, por mandamento constitucional. Assim, pode-se perceber que no Peru o Ministério Público tem amplos poderes e atribuições, sendo total o seu domínio no âmbito das investigações criminais e na ação penal, até a satisfação final da reparação de danos.

Dessarte observa-se que tanto o modelo colombiano, do Equador, quanto o do Peru, tem o Ministério Público como condutor e presidente da investigação criminal preliminar, embora os sistemas tenham algumas diferenças entre si. Nos três sistemas, a Polícia Judiciária

⁴⁵³ GÓMEZ, 2003, p. 151.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 154-5.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁵⁶ KAC, 2004, p. 86.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 87.

auxilia o *fiscal* nas diligências investigatórias, bem como a força policial tem vínculo de subordinação hierárquica com o *parquet*.

3.2.2.7 O modelo do Paraguai

Vige no Paraguai, a partir de 2000, uma nova legislação processual, que, na prática, é um modelo de Processo Penal do tipo acusatório, sem Juizado de Instrução. Não há naquele sistema nenhuma confusão entre as atividades de acusar, defender e julgar. No Paraguai, além de exercer a ação penal, o Ministério Público é o presidente da investigação criminal preliminar.⁴⁵⁹

Sobre o modelo paraguaio, discorre Kac⁴⁶⁰:

O Ministério Público é incumbido das investigações criminais com auxílio da força policial. O magistrado controla as investidas do Ministério Público no que tange ao princípio da legalidade e determina as medidas cautelares urgentes. A Polícia Nacional Paraguaia tem a tarefa de intervir no primeiro momento para a realização das investigações policiais prévias.

No sistema paraguaio, os integrantes da polícia têm a obrigação de informar ao *parquet* e ao Magistrado os fatos típicos que tiverem conhecimento no prazo de seis horas, após nele intervirem. Desse modo, cabe ao Ministério Público a função de conduzir a investigação preliminar, realizando, de ofício, todos os atos necessário ao esclarecimento do fato e de sua autoria, tarefa na qual contarão com ajuda da polícia.⁴⁶¹

A investigação preliminar objetiva, através dos atos e diligências levadas a cabo pelo Ministério Público, apurar a materialidade, a autoria e as circunstâncias do delito. Há no sistema do Paraguai um esforço no sentido de separação das funções de acusar e de julgar. Assim, não se permite ao *parquet* (*fiscales*) a realização de qualquer ato judicial. Da mesma forma, aos magistrados não é permitido realizar quaisquer diligências investigatórias próprias das partes, exceto em situações específicas previstas na legislação processual. De qualquer sorte, as diligências realizadas, em sede de investigação preliminar, pelo *parquet* ou pela

⁴⁵⁹ PASTOR, 2004, p. 229. Esta reforma também teve como o modelo o Código Maier – do jurista argentino Júlio Maier - o qual foi adotado pelas províncias de Córdoba e de Tucumã da Argentina, conforme já estudado. O projeto de Maier consolidou-se como *Código Processual Modelo para a Ibero-américa* e serviu como fonte de inspiração de alterações legislativas em vários países da América Latina, dentre eles, o Paraguai.

⁴⁶⁰ KAC, 2004, p. 88.

⁴⁶¹ *Ibid*

Polícia Nacional, estarão sujeitas sempre ao controle do Poder Judiciário.⁴⁶²

O sistema paraguaio busca a imparcialidade do julgador, não admitindo que se acometa de tarefas investigatórias próprias das partes. Por outro lado, há o controle jurisdicional sobre a investigação preliminar, existindo, aparentemente, um equilíbrio entre a vigilância que o magistrado exerce sobre as partes - Ministério Público e a Polícia Nacional - e a aquela imparcialidade do Judiciário, imposta pelo modelo acusatório que pretende implementar.⁴⁶³

3.2.3 Investigação policial

Aqui serão analisados os modelos processuais nos quais a polícia tem em suas mãos a presidência da investigação preliminar. No geral – em termos de fase preliminar –, não existem grandes discrepâncias com os dos modelos já analisados.

Como na maioria dos modelos já estudados, neste também a polícia realiza faticamente a tarefa investigatória, sendo que a diferença fundamental é que ela mesma, de forma independente, dirige e comanda os trabalhos investigativos.

De plano, ao contrário do que, erroneamente, ouve-se dizer no Brasil, pontua-se que o nosso país não é o único que possui um modelo de investigação policial. A investigação policial existe e é eficiente, também, em outros países.

3.2.3.1 Os modelos da Inglaterra e do País de Gales

O sistema inglês apresenta muitas dificuldades de estudo ao observador estrangeiro, devido as suas particularidades. Para começar, a Inglaterra não possui um Código de Processo Penal. As normas processuais estão dispersas em vários textos legislativos, os quais remontam ao século XIV, mas são utilizados até hoje, bem como tem assento em abundante jurisprudência.⁴⁶⁴

⁴⁶² HAC, 2004, p. 88-9.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁶⁴ DELMAS-MARTY, 2000, p. 147. A autora explica que, da mesma forma, os grandes princípios do Direito inglês – que em outras legislações normalmente estão na Constituição - também não estão sistematizados. Na verdade, sequer Constituição escrita possui a Inglaterra, uma vez que ela depende de diversas fontes, sendo a mais antiga e famosa a Carta Magna de 1215.

Uma das singularidades do sistema da Inglaterra é a não existência de uma instituição do Estado com as funções e a organização aos moldes do nosso Ministério Público. Na verdade, até 1985, o sistema inglês não tinha previsão da existência do Ministério Público. Portanto, até meados da década de oitenta do século XX a persecução criminal pública – investigação e acusação - na Inglaterra eram confiadas à polícia de cada localidade, praticamente com exclusividade.⁴⁶⁵

Nesse aspecto, o sistema britânico é tão diferente que não se pode compará-lo com nenhum outro. Embora esclareça que não se trata da mesma figura existente nos países continentais, Delmas-Marty⁴⁶⁶ propõe identificar o *Crown Prosecution Service* como algo semelhante ao Ministério Público. Sobre as atribuições desta instituição na Inglaterra, comenta o seguinte:

El Crown Prosecution Service continúa o sobresee el proceso penal iniciado por la decisión de la Policía de perseguir el hecho punible. Si la Policía no ejercita la acción penal, el Crown Prosecution Service no interviene en principio. Los Fiscales (Crown Prosecutors) pueden actuar ante el magistrates' court, pero no pueden llevar un caso ante el Crown Court. En este caso la acusación se ejerce por un abogado (prosecuting counsel) contratado por la acusación.

Nem mesmo o *Attorney General*, o qual seria um auxiliar do governo, apresenta qualquer similaridade com a figura do Promotor Público, da forma como se tem no nosso sistema.⁴⁶⁷ Conforme pontua Choukr, na Inglaterra, a infração criminal ataca diretamente a figura do rei, o qual, por uma ficção jurídica, aparece em todos os tribunais britânicos. Desse mesmo modo, valendo-se dessa ficção legal, a legitimidade para perseguir o delito é facultada a qualquer pessoa, uma vez que representa o rei ofendido perante a justiça.⁴⁶⁸

A persecução criminal inglesa possui três fases: a *preparatória*, a qual se desenvolve com a investigação preliminar e os atos de persecução criminal a cargo da Polícia, culminando com a continuação ou não da acusação pelo Ministério Público; a *intermediária* (*transfer for Trial*) trata daquela fase em que há admissibilidade da acusação, nos casos de

⁴⁶⁵ BASTOS, 2004, p. 73.

⁴⁶⁶ DELMAS-MARTY, 2000, p. 151-5.

⁴⁶⁷ LOPES, 2009c, p. 62. Conforme esclarece o autor, o *Attorney General*, que é membro do Parlamento Inglês e do Governo, é quem nomeia e controla o *Director of Public Prosecutions*, o qual dirige o *Crown Prosecution Service*, ou seja: o Ministério Público na Inglaterra e País de Gales.

⁴⁶⁸ CHOUKR, 2001, p. 71. Ainda de acordo com KAC (2004, p. 80), O Ministério Público inglês (*Crown Prosecution Service*) foi criado em 1985 e é dirigido pelo *Director of Public Prosecutions*, nomeado pelo *Attorney General*. Complementa o autor que o Ministério Público inglês é fraco, possuindo funções apenas na seara criminal, e mesmo nessa dimensão sofre forte intervenção da polícia e de outros órgãos administrativos e da iniciativa privada, sendo muito subordinado ao poder político. Em relação à ação penal, por exemplo, além do Ministério Público, ela pode ser iniciada pela vítima, pela polícia e outros órgãos administrativos, por qualquer cidadão.

infrações graves ou mistas. E, fechando o ciclo do processo penal, a *fase do júízo oral*, na qual o acusado, no caso das infrações leves ou mistas será julgado ante a *Magistrates' Court*, ou perante a *Crown Court*, no caso dos delitos graves ou mistos.⁴⁶⁹

No modelo inglês, a polícia, além da investigação preliminar, na prática, é quem realiza a própria persecução criminal, com a decisão de acusar o investigado perante a justiça.⁴⁷⁰ Na verdade, o sistema possibilita que, em muitos casos, o Estado nem participe da persecução dos delitos, pois quem faz a acusação pode ser sociedade civil organizada ou a própria vítima que teve o seu bem lesado.⁴⁷¹

A respeito das funções da polícia inglesa, ensina Delmas-Marty⁴⁷²:

En Inglaterra, la Policía ejerce una doble función, la búsqueda de las pruebas y el ejercicio de la acción penal. Ambas funciones están ligadas porque es precisamente a la terminación de la investigación realizada por ella y a la vista de las pruebas obtenidas durante esta fase cuando la Policía se decide por el archivo del asunto (classement sans suite) o por formular la acusación. Si la Policía tiene al detenido en sus locales, la acusación se realiza mediante la notificación de los hechos punibles que le imputan (by way of charge).

Fica evidenciado que, no modelo de investigação preliminar inglês, a polícia atua com exclusividade. A ênfase à atuação da polícia, na persecução criminal inglesa, explica-se pela tradição que a polícia possui de ser uma instituição que nasce na sociedade civil e age em defesa dos seus cidadãos.⁴⁷³ Já o Ministério Público não detém poder investigatório – sequer possui a titularidade exclusiva da ação penal - apenas tem a função de acompanhar a investigação conduzida pela polícia, visando levar adiante a futura ação penal.⁴⁷⁴

Na fase preliminar, a intervenção do Judiciário fica restrita apenas às situações em que há a necessidade da decretação de providências cautelares de urgência – não é de controle. A atuação judicial na investigação policial – nos moldes de Juiz de Garantias - é desempenhado pelo Juiz de Paz, que, na maioria dos casos, não é profissional. A decisão de investigar ou não, bem como de iniciar a ação penal, é discricionária da polícia. Do mesmo modo, a decisão de continuar a acusação de parte do Ministério Público também é de sua discricionariedade, sendo que o Judiciário não interfere nela.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ DELMAS-MARTY, 2000, p. 166-7.

⁴⁷⁰ RANGEL, 2003, p. 168.

⁴⁷¹ CHOUKR, 2001., p. 72.

⁴⁷² DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁷³ LOPES, 2009c, p. 62.

⁴⁷⁴ BASTOS, 2004, p. 73.

⁴⁷⁵ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 163, 168-71.

Característica importante do modelo da Inglaterra é a valoração da prova colhida no tribunal, não havendo uma busca da verdade real.⁴⁷⁶ Isso decorre da vigência de um sistema acusatório. Na fase judicial, há rígida separação nas funções de acusar e de julgar. É estabelecida uma relação triangular entre as partes e o Juiz. As partes – acusação e defesa – enfrentam-se em um contraditório, sob a arbitragem do Juiz. Imagem de enfrentamento *cara a cara* entre as partes traduz a ideia de igualdade de armas entre elas, na qual cada uma possui os mesmos meios de prova.⁴⁷⁷

Essa mesma ideia da igualdade de armas se aplica à fase preliminar, uma vez que há o entendimento de que a investigação e o exercício da ação penal não devem estar concentrados em um só órgão. Desse modo, instituições diferentes devem existir e atuar na persecução criminal: uma dirigida à investigação, a polícia, e outra para atuar na acusação, quando instaurada a ação penal.

Na visão dos legisladores ingleses, o investigado/réu ficaria em visível desvantagem em relação ao acusador, caso este pudesse conduzir as investigações com vistas à futura pretensão acusatória na ação penal. Outro argumento contra o acusador de conduzir as investigações é evitar a autopromoção dos acusadores – que se viu na França e Itália – diante da mídia.

Desse modo, o sistema da Inglaterra aparece, até certo modo, como um modelo curioso, mormente para os brasileiros que, em qualquer área, pouco conseguem fazer sem base legal escrita e sem ingerência estatal, mormente em termos de aplicação da justiça. No entanto, apesar de tais características, não se tem notícia de que aquele sistema seja pior do que o do Brasil ou do que o de outros países europeus.

3.2.3.2 O sistema dos Estados Unidos da América do Norte

No modelo norte-americano, assim como no argentino, tendo em vista o pacto federativo, cada Estado membro pode legislar, inclusive na seara penal e processual penal de maneira divergente. Da mesma forma, a União legisla em relação aos delitos federais.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ KAC, 2004, p. 78.

⁴⁷⁷ DELMAS-MARTY, 2000, p. 165.

⁴⁷⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35. Conforme esclarece o autor: “De fato, nos EUA há pelo menos 52 sistemas de justiça criminal, a saber: os dos 50 Estados-membros, o da União e o do Distrito de Colúmbia. Logo, há também 52 diferentes fontes de estabelecimento de procedimentos penais”.

Essa circunstância cria problemas metodológicos no estudo do sistema como um todo diante da multiplicidade de legislações e experiências jurídicas do modelo estadunidense. Muitas vezes, tal excessiva fragmentação do sistema, resultado de um modelo federativo interpretado de uma forma radical, cria até mesmo contradição direta entre as normas jurídicas dos entes da federação.⁴⁷⁹

Não obstante essa problemática, é possível a divisão do Processo Penal norte-americano em três grandes fases: a primeira é a fase investigatória (*investigatory stage*), segue-se com a fase de judicialização (*adjudicatory stage*) e, por fim, a etapa do julgamento.⁴⁸⁰

No sistema dos Estados Unidos, a Polícia Judiciária é a responsável pela condução da investigação preliminar, sendo que o resultado dessas diligências é encaminhado diretamente à Promotoria Pública, órgão aos moldes do Ministério Público.⁴⁸¹ Ressalta-se, todavia, que há divergência na doutrina nacional sobre o tema. Nesse sentido, Kac e Bastos afirmam que o *parquet* é o responsável pela presidência da fase preliminar no sistema norte-americano.⁴⁸²

Mas Ramos⁴⁸³, em sua abrangente obra sobre o Processo Penal norte-americano, é enfático sobre a condução da investigação pela polícia judiciária naquele país:

Não é da tradição dos promotores a realização de investigações criminais. [...] A investigação criminal é realizada pelos órgãos policiais, em caráter praticamente monopolístico, não porque privativa, mas porque típica atividade policial, que somente as agências policiais realizam com *mínus* principal. A polícia judiciária não é subordinada aos promotores, mas ao chefe do respectivo Poder Executivo.

⁴⁷⁹ CHOUKR, 2001.

⁴⁸⁰ RAMOS, 2006, p. 177.

⁴⁸¹ LOPES, 2009c, p. 64-5; CHOUKR, 2001, p. 72-101; ANDRADE, 2000, p. 83-5. O autor refere que “a maioria das investigações criminais nos Estados Unidos são dirigidas pelos Departamentos de Polícia”. Todavia o autor mais adiante tece críticas sobre o Ministério Público norte-americano e sua conduta de negociação processual – *plea bargain*. Isso faz com que o *parquet* naquele país interfira na condução das investigações policiais, uma vez que o início, a interrupção ou o andamento da investigação, corriqueiramente, dependam das negociações da promotoria. Além disso, refere que o fato de a polícia norte-americana não dispor de poder postulatório em juízo, faz com que ela dependa do promotor para requerer medidas cautelares de intervenção em direitos fundamentais.

⁴⁸² KAC, 2004, p. 47-8. Essas são as colocações do autor: “Cumprе ressaltar, ainda, que os *attorneys* ou *prosecutors*, como são chamados, têm a seu dispor toda uma gama de avaliações técnicas que lhe permitirão aquilatar o teor da acusação e de quem seja seu autor. [...] conta com uma equipe altamente especializada de policiais e técnicos forenses que lhe subministrarão os elementos básicos e imprescindíveis à propositura da ação penal. [...] O procedimento se inicia com o registro policial, desenvolvendo-se a investigação penal com a condução direta do Ministério Público, que detém o poder de decidir se leva o caso adiante (é o chamado poder discricionário quanto à disponibilidade da ação penal)”; BASTOS, ob. cit., pp. 76-78. Esta é a posição do autor: “O fenômeno da massificação da criminalidade nos Estados Unidos, a exigir mecanismos fortes e ágeis para o seu enfrentamento, levou a uma hipertrofia do *Parquet*, que o coloca em uma posição de supremacia até mesmo em relação ao Poder Judiciário. [...] Não só as investigações criminais são dirigidas pelo Promotor, com o auxílio da Polícia, como o exercício da ação penal fica ao seu juízo discricionário, posto que nos Estados Unidos a ação penal é plenamente disponível diante do *plea bargaining*”.

⁴⁸³ RAMOS, *op. cit.*, p. 105-7 e 178.

Havendo violações da legislação dos estados, as polícias dos condados ou estaduais procederão às investigações. Na hipótese de afronta à lei federal, agências e investigação da União realizarão a investigação.⁴⁸⁴ Segundo Ramos⁴⁸⁵, a fase investigatória policial é desenvolvida em duas etapas:

A fase de investigação é claramente dividida em dois períodos: ou fases dentro da fase. Num primeiro período, as autoridades investigantes dedicam-se à determinação dos fatos, bem como à individualização de um suspeito. No segundo período, com a identificação de um suspeito, a investigação assume a forma de uma persecução criminal. Nessa fase, os protagonistas mais importantes são os órgãos policiais de investigação e técnicos.

Em relação ao acompanhamento que o Ministério Público realiza sobre a investigação preliminar, no modelo norte-americano, o órgão de acusação tem amplo acesso sobre o desenvolvimento das diligências procedidas pela Polícia Judiciária. Pode, inclusive, requisitar aquelas que lhe parecerem pertinentes, visando ao esclarecimento dos fatos ou orientar a direção da prova, conforme convenha à tese acusatória. Entretanto volta-se a salientar que existe total independência entre o *parquet* norte-americano e a Polícia Judiciária, não havendo qualquer subordinação hierárquica.

Terminada a fase preliminar, acontece a fase da adjudicação, na qual, inicialmente, haverá juízo de valor pelo acusador em relação ao exercício ou não – arquivamento das diligências investigatórias - da ação penal, da mesma forma o Poder Judiciário fica totalmente excluído. Caso a Promotoria Pública verificar que há elementos pertinentes para tentar ingressar com a ação penal, haverá a acusação formal (*complaint, indictment ou prosecutor's information*) e postulará pela audiência preliminar ou pela apresentação ao grande júri.⁴⁸⁶

A audiência preliminar, em que haverá o contraditório, acontecerá perante um magistrado, via de regra, no mesmo dia ou no seguinte da detenção do investigado, quando for o caso. Então será aferido pelo Poder Judiciário, que analisa a admissão e a validade das provas coletadas, se existe ou não a *probable cause*. Rejeitada a tese acusatória, não haverá a ação penal. Esse

⁴⁸⁴ LOPES, 2009c, p. 64.

⁴⁸⁵ RAMOS, 2006, p. 178-81. De acordo com o autor, na primeira fase da investigação – sem suspeito - não há prazo para a sua conclusão. O único limite é a 4.^a Emenda, que tutela o povo em geral contra buscas sem causa provável. Isso muda quando surge um suspeito e as autoridades policiais iniciam a persecução criminal (*Par excellence*). A partir daí, existem prazos para a sua conclusão, bem como o investigado passa a ser sujeito de direitos, os quais vêm enunciados na 5.^a, 6.^a e 8.^a emendas.

⁴⁸⁶ RAMOS, *op. cit.*, p. 184-7. Conforme o autor, basicamente são três as formas de iniciar a persecução criminal nos EUA: a queixa (*complaint*), que é o pedido de prisão de alguém a um tribunal; o indiciamento (*indictment*), que é a declaração pelo grande júri de que há provas para submeter alguém ao pequeno júri; e a informação do promotor (*prosecutor's information*), que a é apresentação formal pelo agente público de uma acusação contra alguém.

momento processual é considerado muito importante, quando se fala em economia processual.⁴⁸⁷

Admitida a acusação, nessa instância da fase de *adjudicação* acontece a audiência de citação (*arraignment*). Na audiência de citação, o acusado, após tomar conhecimento detalhado da acusação, fará suas declarações iniciais, podendo se manifestar de quatro formas: culpado (*guilty*), inocente (*not guilty*), insanidade mental, ou *nolo contendere*. Neste último caso, acontece a aceitação de culpa pelo acusado, mas o conjunto probatório fica impedido de ser utilizado em outro processo. Ou seja, possibilita a aplicação de pena criminal, mas não vale para efeito de prova em eventual ação cível indenizatória.⁴⁸⁸

Caso o acusado se declare inocente, quando são feitas as moções (*motion*) das partes, nas quais apresentam suas pretensões processuais, durante toda essa fase, a 6ª Emenda da Constituição norte-americana assegura ao acusado o direito de se aconselhar com seu advogado, e termina, assim, a fase de *adjudicação*. Começa a *fase judicial*, quando acontece a instrução propriamente dita do processo. Nesse momento, acontece a fase do contraditório, com a apresentação de provas pelas partes – instrução – e a crítica da causa, com os argumentos de encerramento (*closing argument*). Culminando a fase judicial, tem-se o julgamento (*verdict*). Em caso de condenação (*guilty*), surge ainda a etapa sentenciamento (*sentencing proceedings*), na qual será determinada a pena imputada ao acusado.⁴⁸⁹

O sistema norte-americano possui ainda mais uma distinção crucial em relação ao nosso e aos outros modelos estudados, cuja diferença se consubstancia na possibilidade de que haja a negociação de pena ou de transação penal entre a acusação e o réu, denominada *plea bargaining*, a qual ocorre normalmente quando o acusado assume a culpa nas declarações iniciais.⁴⁹⁰

Mas o sistema de penas negociadas no sistema norte-americano sofre muitas críticas. Ataca-se a *plea bargaining* pelos mesmos motivos que nosso sistema do JECrim: não há liberdade de escolha do acusado, diante da forte pressão do Ministério Público para que aquele aceite penas severas, sob ameaça do processo e de uma situação mais grave – pena de

⁴⁸⁷ CHOUKR, 2001, p. 72. No mesmo sentido, KAC, 2004, p. 48, complementa, sobre a audiência preliminar que o imputado pode desistir dela ou mesmo o Ministério Público pode solicitar que ela não se realize. Ainda, que o objetivo da audiência é analisar o acervo probatório para que o acusado seja levado a julgamento. Há o contraditório, podendo as partes produzir provas, sendo que o mais comum é que a acusação apresente suas testemunhas, sendo permitido à defesa inquiri-las. Ao término da audiência preliminar, o Magistrado decidirá pelo envio do imputado a julgamento ou pelo arquivamento (*bind the case over*), ou, ainda, pelo arquivamento do procedimento.

⁴⁸⁸ KAC, 2004, p. 49. Conforme o autor, são três as alternativas básicas para a negociação: “(i) acordo para que o acusado se declare “culpado” de uma imputação menos gravosa; (ii) declaração de “culpado” com alguma atenuante, como, por exemplo, a concessão de livramento condicional, e (iii) declarar-se “culpado” da acusação com a promessa de não ser processado por outros fatos puníveis.”

⁴⁸⁹ RAMOS, 2006, p. 189-94.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 49-50.

morte, por exemplo. Essa negociação, com tais contornos, fere qualquer modelo de garantias processuais que se pretenda dar ao acusado.

O modelo de penas negociadas norte-americano é criticado por Giacomolli⁴⁹¹ nos seguintes termos:

Considera-se que este sistema não fomenta a investigação científica; que no reconhecimento da culpabilidade ocorre uma coação psicológica, prestando-se à manipulação política contra os negros e os mais pobres, com condenação dos menos experientes. Ademais, propicia uma troca de favores entre o Ministério Público, que é eleito e luta para manter seu cargo por meio de um grande número de condenações fáceis de obter com a negociação com o acusado.

Verifica-se que no modelo norte-americano há uma preocupação com a manutenção de um sistema acusatório. Há uma nítida separação das funções de investigar, acusar e julgar, nas quais o juiz fica absolutamente ausente, em termos de controle ou de produção de prova, da fase inquisitória, que é conduzida com independência pela Polícia Judiciária.

Todavia, a partir do momento em que o promotor opta pela ação penal, embora exista um cuidado com acusações infundadas, inclusive com um juízo de admissibilidade da acusação, o acusado fica praticamente à mercê da acusação. Isso ocorre em face do sistema de penas negociadas, o qual, em muitos poucos casos, o acusado consegue declinar, tendo em vista os instrumentos de pressão que o sistema proporciona à Promotoria.

3.2.3.3 O paradigma constitucional de investigação criminal no Brasil

O sistema processual brasileiro adota como regra, a investigação policial – nos moldes do inglês e norte-americano. Da Polícia Judiciária, é atribuição dirigir diretamente a investigação dos fatos delituosos, apontando a materialidade e os indícios de autoria.⁴⁹²

No Brasil, em realidade, com exceção de um período durante o império - 1827 a 1841 - no qual a fase preliminar era presidida, com exclusividade, pelos Juízes de Paz eleitos, a

⁴⁹¹ GIACOMOLLI, 2006, p. 40-2. O autor refere ainda que “em uma relação de 10 a 1, os acusados preferem declarar-se culpados a enfrentar um Tribunal do Júri. Assim, 90% dos casos não chegam ao Tribunal do Júri. Disso se conclui que o reconhecimento da culpabilidade, por meio da confissão ou negociação sem julgamento, é o que sói acontece”. Afirma, também, que “o acusador negocia quando não tem um “bom caso”, ou seja, quando a prova não lhe favorece, o que propicia um reconhecimento meramente formal da culpabilidade. Ainda merece destaque o fenômeno do *overcharging*, isto é, o acusador, com a finalidade de obter um bom acordo e uma condenação, força uma acusação, incluindo uma grande quantidade de fatos ou qualificando-os para tipos penais graves. Assim, poderá facilmente obter um acordo, com a consequente condenação e fim do processo, principalmente contra os mais fracos ou contra os que não têm um defensor experiente”.

⁴⁹² GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 295-6; LOPES JR. 2003, p. 137 seg.;

Polícia Judiciária sempre esteve incumbida da apuração dos delitos.⁴⁹³

Atualmente, conforme previsão constitucional expressa, a autoridade encarregada de dirigir a investigação criminal é o Delegado de Polícia – da Polícia Civil ou da Polícia Federal, de acordo com as atribuições normatizadas constitucionalmente. No nosso sistema, a Polícia Judiciária é a titular da fase preliminar criminal. Não é mera auxiliar, mas sujeito principal da apuração preliminar do delito.⁴⁹⁴

3.2.3.3.1 Sujeitos ativos e procedimentos

Antes de dissecar a investigação preliminar, quanto a esses elementos, como título de correta delimitação da discussão, convém lembrar que neste trabalho estamos abordando a investigação preliminar criminal no Brasil – como não poderia deixar de ser - a partir de uma visão que se pauta no Texto Constitucional em vigor.

Nesse sentido, importa acentuar que, a partir da Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização da investigação criminal no Brasil, uma vez que ela passou a constar no texto da Carta Magna. Do mesmo modo, a Constituição pátria expressou os órgãos e os agentes públicos, aos quais foi atribuída a função de investigação das infrações penais. Essa circunstância é inédita, pois nenhum texto constitucional anterior disciplinou o assunto de

⁴⁹³ SAAD, 2004, p. 26-75. De acordo com a autor, a Lei 261/1841 e o regulamento 120/1842 transferiram o poder dos juízes de paz aos delegados de polícia, cargo criado pela Lei 261/1841, sendo que assim eram denominados em face de exercerem delegação do chefe de polícia. Desse modo, a investigação preliminar – formação de culpa e corpo de delito - passaram a ser atribuição dos chefes de polícia, nas províncias do império, na corte e nos distritos, aos delegados. Em 1871, a Lei 2.033 passou a investigação preliminar aos juízes municipais e aos juízes de direito. No entanto, em face das necessidades de colheita imediata das provas, algumas atribuições investigatórias também foram conferidas às autoridades policiais. Mas o decreto 4.824/1871, regulador da Lei 2.033/1871, normatizou o inquérito policial, que determinava aos chefes, delegados e subdelegados de polícia, procederem a diligências investigatórias dos crimes que tomassem conhecimento. A Constituição da República de 1891 atribuiu aos estados a legislação processual penal. Os estados, por exemplo, do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe, Rio Grande do Norte, Paraná, Distrito Federal (1928), Maranhão e São Paulo entregaram a investigação preliminar à Polícia Judiciária, por meio do inquérito policial. Em 1934, com a nova Constituição, foi restabelecida a unidade processual. Com a Constituição de 1937, foi abortado o Projeto de Código Vicente Raó, o qual previa uma fase preliminar dirigida por um Juiz Instrutor, com auxílio da polícia. Em 1941, fora promulgado o Código de Processo Penal vigente, o qual manteve a direção da fase preliminar policial, por meio do inquérito policial; no mesmo sentido GIACOMOLLI, 2006, p. 291-5.

⁴⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 88-89. Conforme previsão expressa no art. 144, § 1.º e 4.º; e RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**: promulgada aos 3 de outubro de 1989. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 54. No art. 33, estão normatizadas a organização e as funções da Polícia Civil e do Delegado de Polícia de carreira como autoridade policial, sendo seu cargo privativo de bacharel em Direito.

maneira direta, era sempre normatizado por leis infraconstitucionais.⁴⁹⁵

É verdade, por outro lado, que as normas sobre a investigação preliminar criminal - conforme acontecia até a constituição de 1988 - não precisavam vir expressas em Texto Constitucional, podendo a legislação infraconstitucional normatizá-las. No entanto, a opção do constituinte de 1988 foi a de guindar à norma constitucional também a fase preliminar do processo penal, dispondo, mormente, quanto ao sujeito encarregado, o cargo que a presidirá e o procedimento cabível, em regra.

Desse modo, toda a persecução criminal, incluindo a fase de investigação preliminar, deve estar em consonância com os princípios humanizantes e garantistas, elencados no texto da Constituição, os quais estão relacionados diretamente com o respeito e a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais. Consequência primeira e óbvia dessa visão, é a aplicação do princípio do *due process of Law* à fase preliminar.⁴⁹⁶

Partindo dessa premissa, devido processo legal para investigar,⁴⁹⁷ verifica-se que o texto constitucional, de maneira expressa, fala do assunto em três momentos: no art. 58, § 3.º, quando discorre sobre poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito; no art. 129, VII, em relação ao poder do Ministério Público de requisitar diligências investigatórias e inquérito policial; e, no art.144, em relação ao poder investigatório da Polícia Judiciária.⁴⁹⁸

Não obstante, sob o enfoque constitucional, haja discussões sobre a titularidade exclusiva ou não da Polícia Judiciária, parece inequívoco que a titularidade do procedimento previsto no art. 4.º, do Código de Processo Penal, inquérito policial, é da Polícia Judiciária.⁴⁹⁹

Por outro lado, diante da elevação da investigação criminal a paradigma constitucional, torna-se questionável a possibilidade da existência de outras formas de

⁴⁹⁵ SAAD, 2004, p. 21-87 e 138-197. A autora faz um estudo sobre a investigação criminal no Brasil desde 1824, analisando a legislação referente ao assunto. Nesse estudo, não se constata a existência de previsão constitucional da fase preliminar, a não ser a partir da Constituição de 1988.

⁴⁹⁶ CHOUKR, 2001, p. 14, 29-42. O autor entende que para adequação ao devido processo penal acusatório é necessário a aplicação de um conjunto mínimo de garantias na fase de investigação preliminar, quais sejam: direito ao silêncio (*nemo tenetur*); direito à informação; equilíbrio na questão publicidade/sigilo; tutela à intimidade; presunção de inocência; e direito de defesa.

⁴⁹⁷ Não faremos, neste momento, aprofundamento a respeito desse princípio constitucional, uma vez que será abordado de forma mais ampla quando trataremos deste assunto – princípios constitucionais aplicáveis à investigação preliminar.

⁴⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 2004 O texto constitucional aborda expressamente o termo investigação criminal no art. 5.º, inciso XII, quando fala das situações em que é possível a quebra da inviolabilidade das comunicações e dados, que somente ocorre por ordem judicial e em investigação criminal ou instrução processual. Em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, o art. 98, I, da CF/88, remete à lei complementar o procedimento judicial, nada falando sobre a fase preliminar. Disso se conclui que se aplicam na apuração dos crimes de menor potencial ofensivo as regras gerais previstas na Constituição em relação à fase preliminar.

⁴⁹⁹ LOPES JR., 2008, p. 147-8.

persecução preliminar, não previstas no texto constitucional, conforme dispõe o Código de Processo Penal pátrio no parágrafo único do art. 4º.⁵⁰⁰

3.2.3.3.2 Inquérito policial

O sistema processual penal do Brasil está atualmente assentado, em termos legislativos infraconstitucionais, no Código de Processo Penal de 1941 (DL 3.689/41), que continua em vigor, não obstante as discussões e as críticas que lhe são aplicáveis. Uma das principais críticas é em virtude de ter sido editado durante o regime de exceção do Estado Novo - na ditadura de Getúlio Vargas – o qual lhe deu características indiscutivelmente autoritárias.⁵⁰¹

O nosso modelo de investigação processual preliminar, de um modo genérico, veio disciplinado no Código de Processo Penal sob a denominação de Inquérito Policial. Mas importa esclarecer que o nosso modelo é de investigação preliminar policial. O inquérito policial não é o sistema, mas apenas o nome de um dos procedimentos utilizados pela Polícia Judiciária na apuração de infrações penais.⁵⁰²

O inquérito policial não ficou imune a essa inspiração autoritária, decorrente de sua publicação durante o regime de exceção de 1937. Ele também sofreu influência do Código de Rocco, que foi editado durante o regime fascista da Itália. Desse modo, por essa dupla influência negativa, o inquérito policial deve ser analisado de uma forma crítica e garantista, confrontando-o com a atual Carta Constitucional do Brasil.⁵⁰³

Importa ressaltar que se antes da vigência da atual Constituição o inquérito policial, como procedimento investigatório preliminar, tinha respaldo apenas no Código de Processo Penal, após 1988 ele se constitucionalizou, uma vez que veio expressamente citado no texto da lei maior. Dito de outro modo, em termos estritamente constitucionais, o inquérito policial, como procedimento,

⁵⁰⁰ RANGEL, 2003, p. 209-38. O autor entende que o art. 4º, § único do Código de Processo Penal, afasta a exclusividade da investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária e abre caminho para a investigação do Ministério Público, uma vez que foi recepcionado pela Constituição Federal. No entanto, reconhece que existem duas outras posições. Segundo ele há quem afirme que o parágrafo único do art. 4º haveria sido derogado pelas disposições do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, por entender que neste último estaria prevista a exclusividade da Polícia Judiciária na investigação de infrações penais. [...] Por fim, um terceiro segmento, apesar de admitir a recepção constitucional do parágrafo único do art. 4º, afirma que deveria ele ser encarado de forma mais restrita. Ou seja, ele somente autorizaria o Ministério Público a investigar os crimes praticados pelos seus próprios membros, ao invés de todo e qualquer delito, como pretende a corrente anterior.

⁵⁰¹ GIACOMOLLI, 2006, p. 295.

⁵⁰² CHOUKR, 2001, p. 77.

⁵⁰³ LOPES JR., 2008, p. 137.

é a única forma de investigação criminal mencionada na Constituição.⁵⁰⁴

Certo é que estão previstas também as Comissões Parlamentares de Inquérito no art. 58, § 3º, da Constituição Federal de 1988. No entanto, pelo que se vê, na práxis de suas atuações, elas têm muito mais um caráter de apuração (ou julgamento) político do que criminal. Sobre os desmandos das Comissões Parlamentares de Inquérito, vale referir as acertadas colocações do Editorial do Boletim IBCCRIM⁵⁰⁵:

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), ao serem desvirtuadas, transformaram-se em fonte de violações reiteradas aos mais básicos direitos individuais, garantidos pelo mesmo instrumento que as criou a serviço da ordem jurídica: a Constituição da República. Os interesses de alguns membros das Comissões não se concentram no mister que lhes reservou a Constituição, nem no próprio objeto das investigações, mas, sim, na exploração eleitoreira do espetáculo mediático em que eles se convertem.

De qualquer sorte, essa previsão reforça, pelo próprio nome, o caráter do inquérito como procedimento constitucional de investigação preliminar. Além disso, corporifica a ideia de que há um procedimento constitucionalmente previsto como regra e gênero – o inquérito policial - sendo as comissões parlamentares de inquérito uma das espécies daquele, o qual a própria Constituição prevê.

Entretanto, em termos infraconstitucionais, embora a doutrina assevere que o inquérito policial é a forma principal de investigação - uma vez que é o procedimento mais utilizado e conhecido – e assinala que não seria o único. Esse é o entendimento de Marques⁵⁰⁶:

Temos, assim, em razão do órgão que a dirige, três formas ou espécies de *investigação*: 1º a investigação administrativa; 2º a investigação legislativa; a investigação judiciária. A investigação administrativa pode ser de dois tipos: a) investigação policial; b) investigação administrativa em sentido estrito. O inquérito policial é a forma por excelência da *investigação*. Mostra, porém, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoridades administrativas diversas das de Polícia Judiciária podem exercer função investigatória. Isso sucede, por exemplo, nos crimes contra a saúde pública, nos crimes de contrabando, etc., em que autoridades desses setores da administração pública estão munidas dos poderes necessários para investigar amplamente a respeito dos delitos que possam interferir na sua órbita de atividades.

Atendendo ao mandamento constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal – sobre a criação dos Juizados Especiais Criminais - há o procedimento disciplinado pela lei nº 9.099/95 (Termo Circunstanciado) que se aplica aos delitos denominados de menor potencial ofensivo,

⁵⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República**, 2004, p. 54-88 e 89.

⁵⁰⁵ BOLETIM IBCCRIM. **As comissões parlamentares de inquérito**. São Paulo, n. 139, jun. 2004.

⁵⁰⁶ MARQUES, Frederico José. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Capinas: Millennium, 2000. v. I e II, p. 153.

sobre os quais também há disposição na Lei nº 10.259/01.⁵⁰⁷

Ainda existem as polêmicas investigações conduzidas por membros do Ministério Público. Tais expedientes, conforme o entendimento de parte da doutrina e jurisprudência, carecem de fundamento constitucional e regulamentação, mas, extraordinariamente, são reais nos gabinetes dos promotores de justiça e/ou através das chamadas “forças-tarefas”, embasando ações penais nos tribunais brasileiros.⁵⁰⁸

A par dessas espécies de investigação – previstas na Constituição direta ou indiretamente - subsistem na legislação brasileira, outros procedimentos investigatórios. Eles visam à apuração de fatos – não necessariamente penais - os quais podem trazer elementos que gerem justa causa para a ação penal.⁵⁰⁹

Embora não deixemos de abordar algumas das outras modalidades, concentraremos o estudo no modelo que é previsto expressamente na Constituição. Além da previsão constitucional, o inquérito policial, o qual tem como órgão encarregado a Polícia Judiciária, é o procedimento mais utilizado na investigação preliminar brasileira.

Conforme a previsão constitucional federal existe várias funções executadas pela polícia e, da mesma forma, inúmeras classificações. Pode-se dividir a atividade policial em relação ao lugar de atividade: em terrestre, marítima e aérea; em relação de exteriorização:

⁵⁰⁷ SAAD, 2004, p. 90. A autora esclarece que pela lei 9.099/95 eram considerados crimes de menor potencial ofensivo os crimes com pena máxima de até um ano. Mas a Lei nº 10.259/01 mudou essa categoria jurídica alargando-a para os delitos com máxima não superior a dois anos.

⁵⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 7-12; nesse sentido, JORNAL ZERO HORA. **Polícia - Investigação**: criminosos cumprem pena em regime semi-aberto e saem às ruas para assaltar. Força-tarefa desbarata quadrilha de apenados. Edição publicada em 04.06.04. Porto Alegre, 2004, p. 49. Segundo a reportagem “Uma quadrilha integrada por apenados do regime semi-aberto foi desbaratada ontem pela Força-tarefa do Ministério Público; também JORNAL ZERO HORA. **Polícia. Escambo do Tráfico**. Droga era paga com carros furtados. Quadrilha desarticulada em operação comandada pelo Ministério Público distribuía crack e cocaína no interior do Estado. Edição publicada no dia 25.11.09. Porto Alegre, 2009, p. 42. Segundo a reportagem “Comandada pelo Ministério Público, uma operação desarticulou ontem uma quadrilha de traficantes que furtava veículos para comprar drogas no Paraná e no Mato Grosso do Sul e distribuí-las no interior do Estado. Foram presas 14 pessoas, suspeitas de distribuir cocaína e crack nos vales do Taquari e dos Sinos e na Serra”. Na reportagem está inserida uma fotografia na qual são exibidas armas, celulares e dinheiro, bem como uma placa com os dizeres “POLÍCIA – MP – BM – PC”. Ou seja: pelos dizeres da referida placa, existe hoje uma nova instituição policial de investigação criminal no Rio Grande do Sul, da qual não se sabe com que fundamento legal fazem parte membros do Ministério Público, policiais civis e brigadianos. O mais absurdo é que essa nova “força policial” é comandada por um promotor de justiça. Temos aí, salvo tenha mudado o Direito Administrativo, um desvio de função e uma improbidade administrativa. Para corroborar essas heresias jurídicas, citamos um documento o qual manuseamos que atesta a efetividade de sete policiais civis, nominado de “ATESTADO DE EFETIVIDADE – ADIDOS – FORÇA-TAREFA”, oriundo da PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA CRIMINAL. O referido documento assinado pelo promotor de justiça Ricardo Felix Herbstrith, datado de 06.05.04, dirigido ao Chefe de Polícia, atesta a efetividade no serviço desses policiais civis, no período de 01.04.04. a 30.04.04.

⁵⁰⁹ BASTOS, 2004, p. 122-146. Conforme o autor, são exemplos dessas formas de investigação: inquérito civil; inquérito judicial; inquéritos do Banco Central para apurar irregularidades em instituições financeiras; inquéritos administrativos contra funcionários públicos; inquéritos policiais militares; processo administrativo tributário e investigação criminal contra Membro do Ministério Público e Magistrado.

ostensiva e secreta; quanto à organização, leiga e de carreira.

Entretanto a classificação que mais interessa neste momento é a atinente ao objeto, ou seja, a que se relaciona com a função exercida pela polícia. Em regra, quanto ao objeto, as polícias dividem-se em polícia administrativa ou de segurança e judiciária.⁵¹⁰ As funções policiais tiveram expressa definição constitucional no texto 1988, inclusive quanto a essas duas atividades elencadas.⁵¹¹

Quanto às funções administrativa, ou ostensiva, ou judiciária das polícias, Moraes⁵¹² explica que:

Polícias civis: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, são incumbidas, ressalvada a competência da União, das funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto das infrações militares. Polícias militares: suas atribuições é da polícia ostensiva, para a preservação da ordem pública. A polícia, como conceitua Guido Zanobini, é a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer bem tutelado pelos dispositivos penais, sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e polícia judiciária, conforme salienta André Laubadère. A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Ressalta-se que no Brasil a doutrina não apresenta o rigor necessário na diferenciação das funções de Polícia Judiciária e da investigativa, que tem a atribuição de apuração dos

⁵¹⁰ MARQUES, 2000, p. 158-9. O autor cita que os artigos 19 e 20 do Código de Brumário do ano de 1894 distinguem a Polícia Administrativa como aquela que tem por objeto manter a ordem pública e prevenir os delitos. Já Polícia Judiciária reprime os delitos que a Polícia Administrativa não pode impedir de serem cometidos, auxiliando, também, os tribunais para lhes punir.

⁵¹¹ BRASIL. **Constituição da República** [...], p. 88-9. No artigo 144 da Constituição Federal, estão claramente definidas as funções das polícias, quanto se trata do tema da Segurança Pública, o qual refere a defesa do Estado e das instituições democráticas. “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares; § 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 2.º Polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3.º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 4.º 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. § 5.º Às polícias militares, cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 7.º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. § 8.º Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”. Grifos nossos.

⁵¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 653.

fatos delituosos.⁵¹³ Por outro lado, quanto à delimitação das funções de investigar e reprimir os delitos e policiamento ostensivo, não se verifica discordância na doutrina.

Ou seja, a polícia federal e civil dos Estados têm a incumbência de apuração dos delitos e de polícia judiciária, de acordo com as atribuições reguladas pelo próprio texto da constituição. Já a rodoviária e ferroviária federais ficam com ações de policiamento administrativo ou ostensivo (preventivo), mesmo papel atribuído às polícias militares dos Estados e às guardas municipais, conforme o delineamento do texto da Carta Magna.⁵¹⁴

Todavia, em termos de direito comparado, a divisão expressa das funções policiais, em corporações diversas, que encontramos no nosso Texto Constitucional pode ser considerada um ponto muito positivo do sistema brasileiro. Isso, em contraponto, por exemplo, com o modelo italiano em que não há essa clara separação. Sustentando como ideal essa separação, Ferrajoli⁵¹⁵ assevera que:

Na lógica do Estado de direito, as funções de polícia deveriam ser limitadas a apenas três atividades: a atividade investigativa, com respeito aos crimes e ilícitos administrativos, a atividade de prevenção de uns ou de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração. Nenhuma destas atividades deveria comportar o exercício de poderes autônomos sobre as liberdades civis e sobre os outros direitos fundamentais. As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizadas de forma independente, não apenas funcional, mas também hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender.

Esse posicionamento de Ferrajoli soterra os argumentos no sentido de unificação das polícias no Brasil. Também demonstra, sob o enfoque garantista, a inconsistência do discurso defensor da implantação do chamado “ciclo completo de polícia”, o qual as polícias militares brasileiras defendem como receita ideal e evoluída para atuação policial. Nesse sistema, a corporação policial que primeiro tomasse conhecimento da infração penal realizaria todas as funções – preventiva e repressiva - inclusive com poder de lavratura da prisão em flagrante pelos militares em crimes comuns.

⁵¹³ MARQUES, 2000, p. 159. Sobre a polícia judiciária e suas funções, o autor esclarece: “Outro reparo a fazer é de que a *polícia judiciária*, apesar de seu nome, é atividade administrativa. [...] Os órgãos de polícia judiciária não possuem competência de caráter judicial; sua missão consiste em ajudar à Justiça no cumprimento de seus fins e de desenvolver uma atividade que assegure a consecução dos fins do processo”.

⁵¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10.ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 483-6.

⁵¹⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 615-6.

É exatamente o contrário: Ferrajoli vê o modelo italiano – de polícia unificada, com confusão de funções na prática - como arcaico, ineficiente e antigarantista. O poder de autuação em flagrante – que as polícias militares também reivindicam no Brasil - Ferrajoli sustenta ser de atribuição absoluta da Polícia Judiciária. Na Itália, a prisão em flagrante, é obrigatória somente nos crimes graves ou aos quais sejam imputadas substanciais penas privativas de liberdade, a partir de uma pena mínima de três anos de reclusão, ou terrorismo, por exemplo.⁵¹⁶

Definidas as atribuições genéricas das polícias, interessa no presente trabalho a Polícia Judiciária, uma vez que no Brasil ela é a encarregada da condução da investigação preliminar. Também importa definir a finalidade do procedimento mais utilizado para a apuração dos crimes, ou seja, o inquérito policial. Nesse sentido, Frederico Marques ensina que, entre nós, a Polícia Judiciária prepara a ação penal, não apenas praticando os atos essenciais de investigação, mas também organizando uma instrução provisória, à qual se dá o nome de inquérito policial.⁵¹⁷

Se a finalidade da Polícia Judiciária é o cumprimento das requisições judiciais, a investigação e a repressão dos delitos, sendo um dos seus meios o inquérito policial, este, então, tem por incumbência a apuração do fato e de sua autoria. Visa ele, também, servir de suporte e justa causa à futura ação penal a ser intentada pelo Ministério Público ou pelo ofendido, bem como a quaisquer medidas cautelares necessárias ao processo penal futuro ou em curso – art. 4.º,

⁵¹⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 634-5. Sobre a prisão em flagrante, vale citar o autor: “Isto pode ser dito da *prisão em flagrante*, de atribuição absoluta da Polícia Judiciária. Tal prisão é prescrita como *obrigatória* pelo art. 380 do Código de Processo Penal para os delitos puníveis com “reclusão não inferior no mínimo a 5 anos e no máximo a 20”, e também para uma outra série ampla de delitos “contra a personalidade do Estado, para finalidade de terrorismo, ou contra a incolumidade pública se a pena não é inferior no seu máximo de 10 anos ou também no terceiro caso se não é inferior no mínimo a 3 anos; saques, devastações, redução à condição de escravo, roubo, extorsão e furto agravado por quaisquer circunstâncias; fabricação ilegal, venda, detenção ou porte de armas de fogo ou de substâncias estupefacientes; direção ou organização de associações secretas, mafiosas, militares, fascistas, ou tendentes a cometer crimes de terrorismo ou contra a personalidade do Estado”. A prisão em flagrante é tida como *facultativa* pelo art. 381 do Código de Processo Penal para os delitos puníveis com “reclusão superior no máximo a 3 anos” se não culposos ou “não inferiores no máximo a 5 anos” se culposos; para uma longa série de outros delitos específicos, “quando há necessidade de interromper a atividade criminosa e, também, para a contravenção introduzida pelo art. 5 da Lei Reale (Agravado pelo art. 2 da Lei 533, de 08.08.1977) pelo uso “sem motivo justificado” de “capuzes protetores ou de quaisquer outros meios tendentes a tornar dificultoso o reconhecimento da pessoa”. É claro que em todas as hipóteses de prisão obrigatória a “excepcionalidade”, a “necessidade” e a “urgência”, demandada pelo art. 13 da Constituição, resultam presumidas pela lei, de forma que a prisão em flagrante se resolve no exercício ordinário de um poder de polícia autônomo. Também porque os crimes associativos são frequentemente contestados como “crimes de suspeita”, a prisão “em flagrante” equivale de fato nesses casos a uma prisão de segurança pública (ou de polícia), isto é, em presença das hipóteses de mera suspeita de outros futuros crimes”.

⁵¹⁷ MARQUES, 2000, p. 162. O autor cita a exposição de motivos do Código de Processo Penal, no qual está expresso que “o inquérito policial, como *instrução provisória*, antecedendo à propositura da ação penal” constitui “uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados ainda quando persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto de fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.

43, 311 e 312, do Código de Processo Penal.⁵¹⁸

Ao se analisar com mais profundidade o inquérito policial, o operador jurídico se depara com uma dificuldade evidente, qual seja, a falta de um rito pormenorizado de sua instrução. Tal situação acarreta inúmeros problemas ao modelo de investigação preliminar adotado no Brasil. Talvez o principal deles seja a necessidade da autoridade de Polícia Judiciária ter de adotar, na prática, atos com discricionariedade e até de legalidade discutível.

Mas essa incompreensível omissão, desinteresse legislativo e acadêmico em matéria de direito processual policial, resultante de uma visão aristocrática e preconceituosa do tema e da sociedade, não é exclusiva da cultura jurídica brasileira. Conforme Ferrajoli⁵¹⁹:

O direito de polícia porque 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 o direito penal e administrativo, com respeito às contravenções e aos outros delitos de bagatela, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem à despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policiais e administrativas restritivas da liberdade pessoal.

Dessarte registra que, embora o inquérito policial seja o procedimento investigatório preliminar mais utilizado no Brasil, estabelecer precisamente o seu rito não é tão simples como deveria, uma vez que o Código de Processo Penal não o define e detalha com exatidão necessária.⁵²⁰

⁵¹⁸ MARQUES, 2000,, p. 159-160. Sobre o papel da Polícia Judiciária, o autor afirma que “O Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa de poder cautelar que o Estado exerce através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido”.

⁵¹⁹ FERRAJOLI, 2002, p. 616-7. Sobre os motivos dessa omissão, o autor afirma que “É difícil compreender esta negligência intelectual sem uma reflexão mais geral do ponto de vista político e sociológico da ciência jurídica. Parece-me que se pode individualizar, sumariamente, ao menos três razões. A primeira é uma bizarra hierarquia nobiliárquica estabelecida a partir do direito romano entre as diversas ordens e ramos dos estudos jurídicos: antes de todos o direito civil, depois o direito público, depois o penal e apenas por último o direito e a praxe de polícia, quase dizer que, quanto mais o direito é contaminado pela violência e nele é difícil e invertida a legitimação, tanto menos será meritório de estudo e de reflexão teórica e axiológica. A segunda razão é um tipo de consciência cativa, e consiste no fato de que a polícia obsta pela sua natureza as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito – do princípio da legalidade à divisão dos poderes e à inviolabilidade dos direitos fundamentais – e não se apresentam de acordo com as doutrinas liberais democráticas dos fundamentos políticos do Estado moderno, dos quais assim revela as margens de inefetividade. A final, aquela transcuração é um sinal não reflexionado, mas inconfundível, dos tratamentos de classe da denominada cultura jurídica como daquela política. As medidas de polícia, especialmente aquelas de prevenção e de ordem pública, são, de fato, destinadas prevalente aos que não se encontram no exercício do poder, e aos marginalizados – subtrabalhadores, prostitutas, vagabundos, ociosos, desocupados, subocupados, imigrantes e similares – de forma que o seu estudo resulta também, por sua vez, marginalizado dos tradicionais interesses acadêmicos. Por esta razão, as medidas de polícia não se apresentam, à diferença das medidas penais nas estatísticas judiciárias e nas informações sociológicas, e não menos na reflexão teórica e na análise doutrinária”.

⁵²⁰ LOPES JR., 2003, p. 138.

Um exemplo é a questão da colheita da prova indiciária do procedimento que não é delineada como deveria, sendo necessário utilizar-se o capítulo referente à prova judicial, a partir do art. 156 do Código de Processo Penal. De qualquer sorte, o art. 6.º do Código de Processo Penal brasileiro traz algumas diligências investigatórias a serem realizadas no inquérito policial pela autoridade policial.⁵²¹ Por outro lado, no Brasil, é pacífico na doutrina o entendimento de que a ação penal, seja de que espécie for, prescinde do inquérito policial para ser intentada. Isso é o que se verifica claramente no texto do Código de Processo Penal – artigos. 12, 39, § 5.º e 46, § 1.º.⁵²²

Entretanto, tanto o acusador privado como o público, caso resolvam promover a ação penal dispensando a investigação preliminar estatal, não estão desobrigados a amparar a tese acusatória dos elementos que demonstrem a verossimilhança da acusação, ou seja, a sua justa causa. Os requisitos aos quais devem atender estão expressos no Código de Processo Penal, nos artigos 41 e 395, sendo que, neste último, trazem-se as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa.⁵²³

Mas, como já ponderamos, não obstante a possibilidade jurídica de ser iniciada a ação penal sem ser instruída com o inquérito policial, sabe-se no meio jurídico que isso muito pouco ocorre, sendo exceções os casos em que o acusador público ou o privado não se utilizam da investigação preliminar pública.

Finalizada a investigação, a autoridade policial não poderá arquivar o inquérito policial. Deverá remetê-lo ao Poder Judiciário, o qual dará vista ao Ministério Público. O *parquet*, no sistema brasileiro, tem disponibilidade de iniciar ação penal; requerer diligências complementares ou solicitar o arquivamento do inquérito policial. Entretanto há controle

⁵²¹ BRASIL (Leis, etc.). **Código Penal**: processo penal e constituição federal. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 394. O artigo 6º do Código de Processo Penal expressa que a Polícia Judiciária deverá: “I - Dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – Apreender os objetos que tiveram relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e circunstâncias; IV – Ouvir o ofendido; V – Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI – Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII – Determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias; VIII – Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX – Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação de seu temperamento e caráter”. No artigo 7º, o Código refere que a polícia judiciária poderá fazer a reprodução simulada dos fatos, desde que a diligência não contrarie a moralidade e a ordem pública e respeite o direito de defesa o sujeito passivo.

⁵²² FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005a, p. 21-22.

⁵²³ BRASIL (Leis, etc.). *op. cit.*, p. 397. Segundo o texto do Código de Processo Penal, a peça acusatória “deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

judicial sobre este ato, uma vez que o Juiz, não concordando com a solicitação de arquivamento, remeterá os autos ao Procurador-Geral. Este poderá oferecer a denúncia, designar outro promotor ou insistir no arquivamento, quanto o Juiz será obrigado a acatar.⁵²⁴

Todavia, conforme Moura⁵²⁵, o Projeto de Lei nº 156/09, do novo Código de Processo Penal, o qual se encontra em tramitação, incorpora importantes mudanças às normas processuais penais pátrias, mormente quanto à atuação do Juiz na fase preliminar:

O princípio acusatório é adotado de forma expressa. A proposta levada ao Congresso Nacional veda, de forma explícita, a atividade instrutória do juiz na fase de investigação e institui a figura do “juiz de garantias”, responsável “*exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais*, com o duplo intuito, de acordo com a Comissão: otimizar a atuação jurisdicional e manter o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos na investigação e dirigidos ao Ministério Público. Ainda com relação à fase preliminar da persecução penal, altera-se a tramitação do inquérito policial, retirando do Poder Judiciário o controle de seu arquivamento, que passa a ser exclusivo do Ministério Público. (Grifos do autor).

Em relação a uma fase intermediária – a de admissibilidade da acusação - Giacomolli pontua que na Lei nº 11.719/08, a qual alterou parte do Código de Processo Penal, foram normatizados dois momentos para essa análise: antes da citação (art. 396 do CPP) e depois da defesa preliminar (art. 399 do CPP). O ideal é que somente houvesse a análise do mérito do recebimento ou não da acusação após a defesa preliminar. Mas na redação da nova Lei a situação ficou complexa, pois, mesmo depois do processo formalmente iniciado, com o recebimento da denúncia e da determinação de citação do acusado, ao analisar a defesa preliminar, o Juiz pode absolver sumariamente o acusado e encerrar a ação penal.⁵²⁶

Então se pode dizer que o sistema brasileiro prevê uma análise da viabilidade da acusação, com alguma forma de defesa e de contraditório, mas ela ocorre depois do início da ação penal. Disso se conclui que, o legislador pátrio se mostrou, de certo modo, relutante em implementar uma fase intermediária de forma clara e bem delimitada, como se viu em outros modelos.

⁵²⁴ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 57-8.

⁵²⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul., 2009.

⁵²⁶ GIACOMOLLI, Nereu Jose. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008a, p. 63-9. O autor esclarece que se considera estabelecida a relação processual com a citação e, portanto, a resposta preliminar acontece depois do início da ação penal e não antes. Assevera, também, que no Rito Comum ordinário “Somente depois de vencidos os três filtros processuais, ou seja, o da rejeição preliminar da acusação, o da suspensão condicional do processo e o da absolvição sumária, é que será designada a audiência de instrução e julgamento”.

3.2.3.3.3 O termo circunstanciado e os juizados especiais criminais

A partir do comando constitucional da CF/88, foi possível a criação dos Juizados Especiais, tanto para pequenas causas cíveis como para o julgamento dos delitos tidos como de menor potencial ofensivo (Lei n.º 9.099/95 e 10.259/01).

No que diz respeito à investigação prévia, apontou a lei que, em sede de Juizados Especiais Criminais, ela existirá sob o título “*Da Fase Preliminar*”. O artigo 69 da Lei 9.099/95 normatiza que, nos casos de delitos de menor potencial ofensivo, será procedido um termo circunstanciado.⁵²⁷

Lavrado o termo, este será imediatamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal, com as partes, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. O Juizado tem a competência para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes apenados com no máximo dois anos, ainda que previsto procedimento especial – art. 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/2001).⁵²⁸

Desse modo, foi criada outra forma de investigação preliminar, simplificada em relação ao inquérito policial. Nesse caso, o inquérito policial é dispensado e substituído por um procedimento investigatório mais simples.⁵²⁹ O termo circunstanciado também é lavrado sob a presidência da autoridade policial (Delegado de Polícia), no qual constará uma narração sucinta dos fatos, bem como a indicação da vítima, do autor do fato e das testemunhas, em número máximo de três.⁵³⁰

Mas ao contrário de algumas interpretações, o termo circunstanciado não trata apenas de um simples boletim de ocorrência, conforme explica Tovo⁵³¹:

⁵²⁷ BRASIL (Leis, etc.). **Código Penal**, 2008, p. 778.

⁵²⁸ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 29-30. O autor critica a confusão legislativa em torno da definição de crime de menor potencial ofensivo e alcance da aplicação da Lei 9.099/90. “Em manifesta *inversão de sentido*, a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), a pretexto de oferecer uma proteção jurídica mais eficaz às pessoas enquadradas em sua disciplina legal (os idosos) previu, em seu art. 94, que “aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código de Penal e do Código de Processo Penal”.

⁵²⁹ GIACOMOLLI, 2006, p. 308. O autor entende que, entre as inovações da sistemática aplicada pela Lei 9.099/95, “Também a autoridade policial não está obrigada a investigar estas infrações, restringindo-se a fazer uma constatação fática da *notitia criminis* e enviá-la ao Judiciário – termo circunstanciado.

⁵³⁰ SAAD, 2004, p. 89.

⁵³¹ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131.

Acentue-se que o termo circunstanciado da ocorrência não é mera notícia da infração penal, mas um verdadeiro substitutivo ou sucedâneo do inquérito policial, com a mesma finalidade precípua, isto é, ministrar elementos para que o titular da ação penal possa acusar o autor do crime ou da contravenção (compare-se o art. 77, § 1º, da lei em tela com o art. 12 do Código de Processo Penal).

O procedimento previsto não pode ser traduzido em mero boletim de ocorrência pelo fato de que poderá embasar a transação penal, com a composição dos danos, a proposição de pena não privativa de liberdade – restritiva de direitos ou multa. Também servirá de embasamento para o oferecimento da denúncia oral, queixa ou solicitação de arquivamento da persecução criminal. O boletim de ocorrência é mero informe, enquanto o termo circunstanciado traduz-se em conjunto de informações. Dessarte, o termo circunstanciado terá de ser instruído de forma mais completa que o simples boletim de ocorrência.⁵³²

Como se trata juridicamente de investigação criminal, tem o termo circunstanciado de estar submetido ao paradigma constitucional vigente. Mas essa interpretação errônea sobre o procedimento como mero boletim de ocorrência - e não procedimento investigatório - levou a uma situação complicada aqui no Rio Grande do Sul.⁵³³

Através de ato do Poder Executivo, fora delegado o poder à Brigada Militar para realizar expedientes investigatórios, em relação aos delitos de menor potencial ofensivo. Tal fato já se perpetua há vários anos, ao arrepio das normas constitucionais e legais vigentes.

A respeito desse tema, esclarece Lopes Jr.⁵³⁴:

A lacuna surge na elaboração do termo circunstanciado, nos delitos de menor potencial ofensivo, previsto no art. 69 da Lei 9.099. Não se trata nesse caso de inquérito policial, mas de um procedimento muito mais simples e célere, o mero termo circunstanciado, que nada mais é do que uma narrativa circunstanciada do ocorrido e a indicação do autor, vítima e testemunhas. Com base nesse argumento, algumas polícias militares dos Estados estão realizando os termos circunstanciados (um ensaio do “ciclo policial completo” em que a mesma polícia que atende a ocorrência realizaria investigação).

⁵³² SAAD, 2004, p. 90-1.

⁵³³ RANGEL, 2003, p. 211. Na verdade, o problema da invasão das atribuições da Polícia Judiciária pelas polícias militares não é só problema do Rio Grande do Sul. No Brasil, hodiernamente, em especial no Estado do Rio de Janeiro, há casos de exercício da polícia de atividade judiciária sendo feito pela Polícia Militar, em verdadeira afronta à Constituição, inclusive há delegacias de polícia que já contam com certo número efetivo de policiais militares realizando investigação criminal como se integrantes da Polícia Judiciária fossem. A matéria é constitucional e não pode ser tratada em nível estadual, mas sim somente pela União, através do Congresso Nacional. A lotação de policiais militares em Unidades de Polícia Judiciária, por decreto ou por qualquer outro ato normativo do Governador do Estado é manifestadamente inconstitucional. Os atos da administração pública devem obedecer ao princípio da legalidade (art. 37 da CRFB).

⁵³⁴ LOPES JR, 2008, p. 241.

Além desse equívoco sobre a natureza jurídica e conteúdo do termo circunstanciado, esse poder indevidamente conferido aos milicianos é sustentado pelo argumento de que quando a lei 9099/95 fala da “autoridade policial” não se refere ao Delegado de Polícia, mas a qualquer agente que tenha poder policial. Isso é um erro muito grave, tratando-se de mais uma violação do paradigma constitucional de investigação criminal.

Nesse sentido, cabe salientar, novamente, que, de acordo com disposto no art. 144 § 4.º da CF/88, é atribuição da Polícia Civil, que é dirigida pelo delegado de polícia, a apuração das infrações penais, exceto as militares. Por outro lado, o art. 144, § 5.º, também da CF/88, dispõe que compete às polícias militares o policiamento ostensivo.⁵³⁵

Essa é também a visão de Saad⁵³⁶:

O termo circunstanciado deve ser lavrado por autoridade policial, segundo determina o art. 69, *caput*, da Lei 9.099/1995. A autoridade policial é o delegado de polícia de carreira, que exerce as funções de polícia judiciária, nos termos do art. 144, § 4.º, da Constituição da República, muito embora há quem alargue esse conceito, entendendo que o policial militar é também autoridade policial.

Da mesma forma, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul define a apuração das infrações penais como atribuição da Polícia Civil, no seu art. 133, “*caput*”. O mais curioso é o conceito de autoridade policial tenha sido “flexibilizado” justamente aqui no Estado. Isso porque no parágrafo único desse mesmo artigo da nossa Constituição Estadual há a definição expressa do Delegado de Polícia de carreira, como autoridade policial, cargo que é privativo de bacharéis em Direito.⁵³⁷

⁵³⁵ MARQUES, 2000, p. 158-9; MORAES, Bismael B. (Coord.). **O papel da polícia no regime democrático**. São Paulo: MAGEART, 1996, p. 653. Remetemos o leitor as definições feitas das funções policiais pelos dois autores, em momento anterior do texto.

⁵³⁶ SAAD, 2004, p. 91-2. A autora refere que o provimento 758/01 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo estatuiu que, para fins da Lei 9.099/95, a autoridade policial pode ser tanto agente público do policiamento ostensivo, como investigatório. Segundo ela, tal provimento recebeu aguçadas críticas, tais como: “(i) trata-se de ato administrativo inexistente, ou nulo, porque emanado de autoridade incompetente; (ii) seu objeto e conteúdo são impróprios, porque cuida de atividade policial, e a finalidade pretendida não decorre de lei alguma; (iii) é inválido por regular procedimento especial penal, o que não pode ser feito por provimento; (iv) é inconstitucional por atribuir função de polícia judiciária a servidor público militar; e (v) é inaplicável na prática, em razão das peculiaridades que poder surgir, como a condição feminina, a inimizabilidade do autor do fato entre outros”.

⁵³⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**: promulgada aos 3 de outubro de 1989. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 54. “Art. 133 – À Polícia Civil, dirigida pelo Chefe de Polícia, delegado de carreira da mais elevada classe, de livre escolha, nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, incumbem, ressalvada a competência da união, as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares. Parágrafo único – *São autoridades policiais os Delegados de Polícia de carreira, cargos privativos de bacharéis em direito*”. Grifos nossos.

O entendimento de Lopes Jr.⁵³⁸, pelo menos quanto às polícias militares, é que elas não têm legitimidade para realizarem qualquer espécie de investigação preliminar, excetuado o inquérito policial militar:

Daí pensamos que a investigação preliminar em sentido amplo (do inquérito policial ao termo circunstanciado) deve estar a cargo da Polícia Judiciária e/ou do Ministério Público. Constitui uma indevida invasão de atribuições permitir que polícia militar (policiamento preventivo/ostensivo) desempenhe o papel de polícia judiciária (verdadeira encarregada da investigação). Assim, que a polícia judiciária é o órgão encarregado do inquérito, não resta dúvida. Os problemas que se apresentam atualmente são: Essa titularidade é exclusiva? Pode o Ministério Público investigar e instruir o seu próprio procedimento administrativo pré-processual?

Releva salientar ainda que o art. 92 da Lei nº 9099/95 indica explicitamente que se aplicam a esta norma as disposições do Código de Processo Penal no que não forem incompatíveis. Então, para efeitos processuais, não só do Código, como de todas as demais normas processuais, consideramos autoridade policial o Delegado de Polícia. Essa interpretação é tranquila, motivo pelo qual, obviamente, aplica-se a Lei nº 9099/95, uma vez que as expressões são idênticas.

Por isso, causa estranheza que o termo “autoridade policial”, da Lei nº 9099/95, e somente nesse caso, seja interpretado de forma diversa daquele disposto em vários momentos no Código de Processo Penal, uma vez que são idênticas as expressões. A questão é que pelo modelo constitucional de investigação criminal existente no Brasil, a polícia ostensiva não pode realizar qualquer apuração de fato criminal, exceto se forem da esfera militar.⁵³⁹

Mas além dessas questões, há o problema do prejuízo causado à investigação, quando o termo circunstanciado é realizado por policias militares, conforme observa Lopes Jr.⁵⁴⁰:

Essa sistemática tem demonstrado alguma eficácia nos crimes de mínima gravidade e complexidade, mas de outro lado, fracassa nas situações mais complexas pela falta de preparo técnico e conhecimento jurídico dos policiais militares. Isso tem conduzido a situações absurdas. Ainda, em outros casos, o atendimento policial no local, com a lavratura de termo circunstanciado ali mesmo, sem sequer condução de agressor e vítima para a Delegacia de Polícia, tem-se mostrado um estímulo para a sensação de impunidade e até para a violência de menor lesividade, principalmente a violência doméstica e entre vizinhos.

⁵³⁸ LOPES JR., 2008, p. 242.

⁵³⁹ RANGEL, 2003, p. 211. Vale trazer as próprias palavras do autor: “A vedação é para a polícia preventiva ostensiva fardada que não pode realizar investigação criminal de delitos já ocorridos, exceto se forem militares”.

⁵⁴⁰ LOPES JR., *op. cit.*, p. 241-2.

É bem verdade que o tema encontra divergência doutrinária e jurisprudencial. Entretanto, não podemos esquecer que a investigação criminal tem um duplo enfoque constitucional. Um, porque é expressamente prevista e normatizada no texto constitucional; dois, porque diz respeito à restrição de direitos e garantias individuais. Portanto não é cabível, nessa seara, interpretações que alarguem prerrogativas, no sentido de atacar os Direitos Humanos Fundamentais.

Dessarte, sob o enfoque do paradigma constitucional de investigação criminal, o termo circunstanciado somente pode ser realizado pela Polícia Judiciária, sendo a autoridade legítima para instaurá-lo e instruí-lo o Delegado de Polícia, conforme determinam as Cartas Magnas – federal e estadual.

No entanto, situação fática da instauração de expediente investigatórios por *soldados* da Brigada Militar, particularmente no Rio Grande do Sul, segue indiferente a todos esses argumentos contrários. Conforme os argumentos apontados, temos a convicção de que tal situação consubstancia atividade inconstitucional, que fere direitos e garantias individuais, que são fundamentos do Estado Constitucional de Direito.⁵⁴¹

3.2.3.3.4 Investigações preliminares presididas diretamente pelo Ministério Público

No estudo em desenvolvimento, viu-se que em alguns sistemas processuais penais, em termos de norma processual, cabe ao Ministério Público a presidência da investigação criminal preliminar, embora na prática quem a conduza seja a Polícia Judiciária. Assim ocorre, por exemplo, na França, na Itália, na Espanha, em Portugal, no México e na Alemanha.

A nossa visão sobre o paradigma constitucional de investigação criminal no Brasil já foi exposta. Conforme expressamos, constitucionalmente, a investigação criminal no Brasil cabe à Polícia Judiciária, como regra, sendo que as exceções o próprio texto da Lei Maior refere explicitamente.

Sabe-se que há previsão expressa de outras formas de diligências investigatórias em leis infraconstitucionais. Também não se desconhece a tese dos chamados “poderes investigatórios implícitos”, conforme sustentam os favoráveis à investigação direta pelo Ministério Público.

⁵⁴¹ Essa questão referente à realização de diligências investigatórias por policiais militares será retomada novamente no capítulo seguinte, quanto tratarmos de política criminal relativa à investigação criminal.

No entanto, parece-nos que, depois da Constituição de 1988, a qual discorreu expressamente sobre o tema, essas demais formas de investigação não encontram amparo constitucional, pelo menos como investigação criminal. De qualquer sorte, para evitar tautologia, remetemos o leitor à explanação já feita sobre o tema.

Em termos de mandamento constitucional, não se encontra no texto da Constituição de 1988 nenhuma disposição expressa conferindo poderes de investigação ao Ministério Público. O que está expresso no artigo 129, da Constituição Federal, quando fala das “*funções*” do Ministério Público, é que ele exercerá o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), na forma de lei complementar, bem como requisitará diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII).⁵⁴²

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei n.º 8.625/93) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93) são explícitas no sentido de que lhes cabe a condução das investigações dos fatos que envolvam os membros das respectivas instituições. A Lei n.º 8.625/93, relativa aos Ministérios Públicos estaduais, prevê que o MP pode requisitar diligências investigatórias e tomar depoimentos. Ou seja, nenhuma das normas infraconstitucionais confere expressamente o poder de realizar investigação criminal diretamente pelo membro do Ministério Público.⁵⁴³

Mas nos casos que não sejam delitos cometidos por promotores, a questão está envolta em polêmica. A doutrina brasileira tem posicionamentos totalmente antagônicos em relação ao alcance dos poderes investigatórios do Ministério Público, oscilando entre possibilidade irrestrita e negativa completa.

Na doutrina consultada sobre o tema tem posicionamento favorável à investigação direta pelo Ministério Público: Paulo Rangel, Nereu José Giacomolli, Aury Lopes Jr., Marcelo Batlouni Mendroni, Marcelo Lessa Bastos, Fauzi Hassan Choukr, Luciano Feldens e

⁵⁴² BRASIL (Leis, etc.). **Código Penal**, 2008, p. 69.

⁵⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 265. Em relação aos poderes investigatórios do Ministério Público na esfera criminal em geral, ressalvados os casos em que estiverem envolvidos os seus membros, que promotores defendem existir nas suas Leis Orgânicas, o autor pontua que “No entanto, ao contrário do que pretende o *Parquet*, examinando-se os diplomas legais mencionados, mais uma vez se comprova que, nem mesmo as ditas Leis Orgânicas, que regem as atividades do Ministério Público, dispõem sobre *os pretensos poderes investigatórios* na esfera criminal. O prurido dos legisladores infraconstitucionais não lhes recomendou que atribuissem poderes investigatórios ao Ministério Público, porque esbarrariam no vício da inconstitucionalidade”.

Andrei Zenkner Schmidt.⁵⁴⁴

Sustenta Rangel, em síntese, os seguintes argumentos favoráveis à investigação direta pelo Ministério Público: a) a teoria dos poderes implícitos (*quem pode o mais pode o menos*) assegura a possibilidade do *parquet* proceder à investigação preliminar, em face da titularidade exclusiva da ação penal; b) pela interpretação do artigo 4.º do Código de Processo Penal, a Polícia Judiciária não detém a exclusividade da investigação preliminar, uma vez que ele prevê que outros órgãos possam investigar; e c) a Constituição Federal no artigo 129, VI e VIII, bem como a lei orgânica do Ministério Público, não proíbem a instauração de investigações pelo *parquet*, a qual é, inclusive, recomendável se os investigados sejam autoridades policiais.⁵⁴⁵

Nesse sentido, Lopes Jr.⁵⁴⁶, assevera que:

Analisando os diversos incisos do art. 129 da CB, em conjunto com as Leis n.º 75/93 e n.º 8.625/93, especialmente o disposto nos arts. 7.º e 8.º da primeira e 26 da segunda, constata-se que o plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigativa do promotor na fase pré-processual. Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§ 1.º, I, e 4.º, simplesmente preveem que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* desta tarefa, inclusive porque quando pretendeu estabelecer a exclusividade de competência o legislador o fez de forma expressa e inequívoca. [...] No plano ordinário, corrobora nosso entendimento o art. 4.º, parágrafo único, do CPP, ao estabelecer que a competência para apurar as infrações penais e a sua autoria não excluirá a competência de outras autoridades administrativas (como o MP) a quem por lei (no caso Constitucional e Orgânica) seja atribuída a mesma função.

Salienta-se que entre os defensores do poder investigatório do Ministério Público no Brasil é reconhecida a situação de que não há previsão expressa nas normas processuais – mormente no Código de Processo Penal - dessa prerrogativa. Entretanto Mendroni, por exemplo, alega que a autorização está nas Leis Orgânicas do Ministério Público Nacional (Lei n.º 8625/93 e nas legislações sobre o mesmo tema nos estados membros.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ RANGEL, 2003, p. 210-238; GIACOMOLLI, 2008a, p. 296; LOPES JR., 2003, p. 154-160; MENDRONI, 2002, p. 184-190; BASTOS, 2004, p. 147-188. CHOUKR, 2001, p. 82; FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 81-6. Não se trará expressa a posição de todos os autores, uma vez que são semelhantes. Ainda, apenas a título de curiosidade, ressalta-se que a maioria dos autores é membro do Ministério Público, com exceção de três: GIACOMOLLI, LOPES JR. e SCHMIDT.

⁵⁴⁵ RANGEL, *op. cit.*, p. 210-238. O autor pontua que, no caso das autoridades policiais, a investigação pelo Ministério Público é recomendável em face da falta de isenção da Polícia Judiciária na apuração das infrações penais de tais profissionais.

⁵⁴⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 154-5.

⁵⁴⁷ MENDRONI, *op. cit.*, p. 184.

Na opinião de Feldens e Schmidt, o amparo na Constituição Federal para o Ministério Público investigar diretamente estaria nos incisos 129, VI, VII, VIII e IX,⁵⁴⁸ que autorizariam outras normas a disciplinar o assunto. Referem os autores que, em consonância e complementação a tais dispositivos da Carta Magna, a Lei Complementar n.º 75/93, em seu artigo 5.º, VI e 8.º, V, trouxe a previsão da investigação ministerial.⁵⁴⁹

Para regulamentar o artigo 8.º da Lei Complementar 75/93, o Conselho Superior do Ministério Público Federal editou a Resolução n.º 77/04, a qual dispôs sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório do *parquet*, em nível federal.⁵⁵⁰

Com opinião diametralmente contrária à dos doutrinadores mencionados, colocando-se contra a investigação direta pelo Ministério Público, temos, também, diversos autores na doutrina pátria, dos quais, com especial relevo, citamos José Afonso da Silva, Geraldo Prado, Cezar Roberto Bitencourt, Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Guilherme de Souza Nucci, Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin e Marta Saad.⁵⁵¹

O assunto é de tal relevância constitucional que houve manifestação expressa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sessão plenária no mês de agosto de 2004, o qual se posicionou, de forma unânime, pela inconstitucionalidade da investigação direta pelo Ministério Público.⁵⁵²

Opinando sobre o ato 98/06, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Estado de São Paulo, o qual, dentre outras atribuições, conferiu poderes investigatórios diretos aos

⁵⁴⁸ BRASIL (Leis, etc.). **Código Penal**, 2008, p. 69. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VI – Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma de lei complementar respectiva; [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferida, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

⁵⁴⁹ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 84. O autor cita os dispositivos da Lei 75/93: “Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] VI- exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei. [...] Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá nos procedimentos de sua competência: [...] V- realizar inspeções e diligências investigatórias”.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 83-85.

⁵⁵¹ SILVA, Geraldo José da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19-27; PRADO, 2006, p. 126-135; BITENCOURT 2008, p. 261-283; GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4-5; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5.ed. ver., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 81-85; PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. *In: Ensaios penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza*. FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 537-544; TUCCI, 2004, p. 67-88; SAAD, 2004, p. 187-195. Ainda, com o mesmo posicionamento, FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002. Do mesmo modo que em relação aos posicionamentos contrários, não serão citados os argumentos de todos esses autores, uma vez que são bastante semelhantes. Salienta-se, a título de esclarecimento, que nenhum dos autores tem qualquer ligação profissional com a atividade das Polícias Judiciárias.

⁵⁵² BITENCOURT, *op. cit.*, p. 262.

promotores daquele Estado, Afonso da Silva⁵⁵³ afirma que atividade investigatória no Brasil é privativa da Polícia Judiciária. Desse modo, a investigação direta pelo *parquet* é inconstitucional, conforme fundamenta:

A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4.º, da Constituição Federal. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal “*procedimento administrativo próprio*” é, na verdade, um expediente de invasão de competência desprovido de base legal.

Em processo que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, no qual é discutida a questão – *inquérito 1.968-E* - assinaram manifestação a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), o Instituto Carioca de Criminologia (ICC), o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e o Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC!). Posicionaram-se, também, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público.⁵⁵⁴

Nesse sentido, vale trazer a opinião do Boletim IBCCRIM⁵⁵⁵, expressada em editorial:

Sob o aspecto jurídico, as interpretações sistemática, lógica e, até mesmo, gramatical do art. 129 da Constituição Federal não permitem extrair outra conclusão exceto aquela de que o Ministério Público não possui poderes para a investigação criminal. O texto é claro e expresso ao indicar, como função institucional ministerial, a promoção da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública. Quanto ao inquérito policial, limita-se a atribuir ao Ministério Público a requisição de sua instauração. Nesse particular, não tem lugar a regra hermenêutica dos poderes implícitos. *In claris non fit interpretatio*.

Contrário à investigação direta pelo Ministério Público, Prado sustenta que tal atividade é da Polícia Judiciária e invade esfera de privacidade do cidadão, situação que, por si só, já lhe causa lesão à imagem pessoal. Portanto os limites de legalidade na investigação são expressos e claros, devendo tal atividade estatal ser controlada e fiscalizada. No sistema do Brasil, essa função de controle foi constitucionalmente atribuída ao Ministério Público. Em face de tal opção do legislador, caso o Ministério Público investigue diretamente,

⁵⁵³ SILVA, Afonso José da. Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, III, da Constituição Federal – Conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das policiais. **Revista da ADPESP**, São Paulo, ano 17, n. 22, dez. 1996, p. 27.

⁵⁵⁴ BITENCOURT, 2008, p. 262.

⁵⁵⁵ BOLETIM IBCCRIM. Editorial. **Poderes investigatórios do Ministério Público**, n.º 135, p. 1, fev. de 2004.

prescindindo da polícia, atuará em violação do princípio do controle, que é um dos pilares do sistema republicano.⁵⁵⁶

Ao analisar o paradigma constitucional de investigação criminal inserto na Constituição de 1988, Bitencourt⁵⁵⁷ assevera que o texto da Carta Magna não contemplou a investigação direta pelo Ministério Público:

A leitura do art. 129 da Constituição Federal permite constatar, de plano, que não foi previsto o *poder de investigar infrações penais*, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria “*legislar*” sobre matéria que o constituinte *deliberadamente* não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumento *a fortiori*, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre, na hipótese em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária. Não se poderia conceber que o legislador constituinte assegurasse expressamente o poder de o Ministério Público *requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial e, inadvertidamente*, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o *Parquet* com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia Judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF.

Discorrendo sobre o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ/03, da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, o qual autorizou integrantes do Ministério Público daquele Estado a instaurar procedimento investigatório criminal e realizar investigações, Saad afirma que o Ministério Público não pode realizar investigações diretamente. De acordo com a autora, a atividade de investigação é constitucionalmente atribuída à Polícia Judiciária, motivo pelo qual o Ministério Público “não pode inventar atribuição nem competência contrariando a Lei Magna”.⁵⁵⁸

Discutindo acerca do argumento utilizado pelos defensores da investigação do Ministério Público, no sentido de que a Polícia Judiciária não tem exclusividade na investigação criminal, Bitencourt rechaça, também, esse argumento. No seu ponto de vista, tais casos são nítidas exceções à regra, que é a apuração pela Polícia Judiciária e, devido a tal motivo, só podem existir com previsão legal. Desse modo, atos administrativos como aqueles mencionados, bem como a Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que pretensamente veio regulamentar a Lei 75/93, “disciplinando” seu poder de investigação, são

⁵⁵⁶ PRADO, 2006, p. 132.

⁵⁵⁷ BITENCOURT, 2008, p. 263.

⁵⁵⁸ SAAD, 2004, p. 185-7.

inequivocamente inconstitucionais.⁵⁵⁹

Posiciona-se sobre o tema, da mesma forma, Grinover⁵⁶⁰ afirmando que:

Não tenho dúvidas de que o desenho constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Cíveis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144). Parece-me evidente, também, que a referida exclusividade se refere à repartição de atribuições entre Polícia da União e Polícia Estadual, indicando a indelegabilidade das funções da primeira às Polícias dos Estados. A própria constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita.

Em termos de jurisprudência, também se observa, mormente na atualidade, que há notória divergência a respeito do tema. O Superior Tribunal de Justiça, tem se manifestado, de um modo geral, favoravelmente aos poderes investigatórios do Ministério Público, como foi o caso do RHC 3586/94/PA, o qual teve como relator o Ministro José Cândido de Carvalho Filho. A decisão unânime entendeu que a realização de investigação preliminar pelo Ministério Público não se incompatibiliza com o exercício posterior da ação penal pelo mesmo órgão.⁵⁶¹

Em várias outras decisões o Superior Tribunal de Justiça também sustentou a possibilidade do Ministério Público investigar. Os argumentos mais utilizados são de que ele pode requisitar informações ou esclarecer diretamente os fatos, com o objetivo de iniciar ação penal. Do mesmo modo, o Tribunal se manifestou no sentido de que a atuação do *parquet* não

⁵⁵⁹ BITENCOURT, 2008, p. 268-277. Sobre as exceções ao paradigma constitucional de investigação criminal, como Comissões Parlamentares de Inquérito, a apuração das infrações cometidas por magistrados, membros do Ministério Público, da Receita Federal, do Banco Central, o autor afirma ainda que: “É fácil perceber, portanto, que tais órgãos não têm atribuições investigatório-criminais, principalmente acompanhados de poder coercitivo, tanto que o surgimento de indícios da existência de crimes determina o encaminhamento de seus expedientes ao Ministério Público, que é o titular da ação penal”. Grifos nossos.

⁵⁶⁰ GRINOVER, 2004, p. 4.

⁵⁶¹ RANGEL, 2003, p. 224. Eis o conteúdo do acórdão: “Acórdão RHC 3586/ PA; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – Relator(a) Min. José Cândido de Carvalho Filho (0256) – Data da Decisão 09/05/1994 Órgão Julgador T6 – SEXTA TURMA. Ementa: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. IMPEDIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. I - A ATUAÇÃO DO PROMOTOR NA FASE INVESTIGATÓRIA – PRÉ-PROCESSUAL – NÃO O INCOMPATIBILIZA PARA O EXERCÍCIO DA CORRESPONDENTE AÇÃO PENAL. II – NÃO CAUSA NULIDADE O FATO DO PROMOTOR PARA FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI, COLHER PRELIMINARMENTE AS PROVAS NECESSÁRIAS PARA AÇÃO PENAL. III – RECURSO IMPROVIDO. Decisão POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO”.

é vinculada à da Polícia Judiciária, sendo que o procedimento policial pode ser dispensado.⁵⁶²

Salienta-se que há, também, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça inibindo a investigação direta pelo Ministério Público. Assim ocorreu nos Recursos de *Habeas Corpus* n.º 4.769/PR/95, Recurso Especial 76.171/AL/96, os quais tiveram como relatores, respectivamente, os Ministros Vicente Cernicchiaro e William Patterson, na Sexta Turma daquele Tribunal. Em 2004, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 32.586/MG, a mesma Sexta Turma, na relatoria do Ministro Paulo Medina, posicionou-se contra a investigação procedida diretamente pelo Ministério Público.⁵⁶³

Na Justiça Federal, temos posicionamentos favoráveis à investigação direta pelo Ministério Público. Por exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 99.02.27559-1/RJ, no qual o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo por impetrante o dono do Banco Marka, tentou atacar uma decisão em que fora autorizada busca na sua casa, a requerimento do Ministério Público Federal. A ordem foi denegada por unanimidade, sendo que o Desembargador Federal, Chalu Barbosa, afirmou ter o Ministério Público poder investigatório, além do que a polícia lhe era subordinada.⁵⁶⁴

Entretanto, a Justiça Federal também editou várias decisões negando a possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público. São exemplos desse posicionamento as decisões nos julgamentos dos *Habeas Corpus* n.º 1.137/RJ; 96.02.09709-4/RJ; 97.02.09315-5/RJ (1.273/RJ); 99.02.07263-1/RJ; e, Apelação 2002.51.01.501942-7/RJ do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Em síntese, tais decisões afirmam que o *parquet*

⁵⁶² NUCCI, 2006, p. 84. Essas posições, segundo o autor, foram expressas no RHC8106-DF, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 03.04.2001, v.u., *DJ* 04.06.2001, p. 186; REsp 223395-RJ, 6.ª T., rel. Fernando Gonçalves, 23.10.2001, v.u., *DJ* 12.11.2001, p. 176; HC 12685-MA 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 03.04.2001, v.u., *DJ* 11.06.2001, p. 240; TUCCI, 2004, p. 22-25. O autor refere que nesse sentido decidiu o Superior no *Habeas Corpus* 7.445/RJ/98; 13.638/PR/01; 18.060/PR/02; RANGEL, 2003, p. 226-7. De acordo com o autor, corroborando essa posição favorável à investigação direta pelo *parquet*, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a súmula 234 nos seguintes termos: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”

⁵⁶³ TUCCI, 2004, p. 53-4. Nos feitos de n.º 4.769/PR/95, 76.171/AL/96, os julgadores posicionam-se contra a investigação ministerial da seguinte forma: “Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso *sub judice*. [...] Se um ou outro atua na coleta de prova, que, por sua vez, mais tarde, será base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade no sentido jurídico do termo [...]”; e que: “Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão de imputação e agente do julgamento [...]”. No julgamento do *Habeas Corpus* N.º 32.586/MG/04, da mesma Sexta Turma: “[...] clara separação das possibilidades de atuação do Ministério Público, tendo em vista o objeto das investigações. [...] é-lhe facultado requisitar a própria instauração do inquérito à autoridade policial, requisitar as diligências investigatórias e acompanhar a polícia civil no desenrolar das investigações, porém cabe ao *Parquet*, nesse caso, coadjuvar a atuação da Polícia Judiciária, mas não a substituir. Entendeu correto não poderem conviver simultaneamente dois procedimentos investigatórios, inquérito policial e investigação ministerial, pois haveria a contrariedade de textos constitucionais e infraconstitucionais, dado o caráter acessório e subsidiário da atuação do *Parquet* [...]”.

⁵⁶⁴ RANGEL, 2003, p. 225-6.

investigar diretamente foge às suas atribuições constitucionais e legais. As funções de investigação e de Polícia Judiciária, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, são atribuídas à Polícia Federal e Polícia Civil nos Estados.⁵⁶⁵

Em nível de tribunais estaduais, também existem posicionamentos favoráveis à investigação pelo Ministério Público. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na sua Terceira Câmara Criminal, em 2002, com a relatoria do Desembargador Walter Guilherme, no *Habeas Corpus* 394.150-3/5, afirmou que a investigação realizada pelo Ministério Público não afronta o art. 144, § 1.º da Constituição Federal. A investigação ministerial estaria assentada no art. 129, I, da Carta Magna, bem como no argumento prático de que o *parquet* deve investigar, mormente quando a polícia for omissa.⁵⁶⁶

Em decisão exarada no *Habeas Corpus* 436.557-3/7, de 04.11.03, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Bittencourt Rodrigues, amparando-se, em síntese, na teoria dos Poderes Implícitos – quem pode o mais pode o menos - disse que não há constrangimento na instauração de procedimento investigatório pelo Ministério Público para subsidiar a persecução criminal, pois, se assim fosse, estar-se-ia a tolher a atividade que a lei imputa ao *parquet*.⁵⁶⁷

Todavia nos tribunais estaduais temos inúmeras decisões em sentido contrário, ou seja, vedando a investigação direta pelo Ministério Público. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 2001.059.00597, com a relatoria do Desembargador Walmir de Oliveira Silva, a investigação procedida pelo *parquet* - a qual embasou denúncia ofertada pelo mesmo promotor que presidiu a fase investigatória preliminar - foi considerada nula, bem como a prova produzida. Aduziu a decisão, por unanimidade, que houve abuso do membro do Ministério Público, que agiu em usurpação de função, como se Delegado de Polícia fosse, contrariando a lei e a Constituição Federal.⁵⁶⁸

No Tribunal de Justiça de São Paulo, também se verificam decisões vedando a investigação preliminar ministerial. Assim se pronunciou a Primeira Câmara Criminal Extraordinária, na relatoria do Desembargador Marco Antônio, no *Habeas Corpus* 440.810-3/7-00, em 12.02.2004. A decisão foi no sentido da inconstitucionalidade da investigação levada a cabo pelo Ministério Público, inclusive referindo que, na Assembleia Nacional

⁵⁶⁵ TUCCI, 2004, p. 51-2.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 21-22. No mesmo sentido, o autor elenca outras decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como as do Rio Grande do Sul.

⁵⁶⁷ NUCCI, 2006, p. 84.

⁵⁶⁸ BASTOS, 2004, p. 154.

Constituinte, a tentativa de criação de um procedimento investigatório presidido pelo *parquet* foi rechaçada.⁵⁶⁹

Não obstante tais posicionamentos de tribunais inferiores, como Corte Constitucional, pensamos que importa, realmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Naquela Corte, também a discussão sobre o assunto não é nova, tampouco se tem uma decisão consolidada sobre o tema.

Já em 1957, o Supremo Tribunal Federal, pelo Plenário no recurso de *Habeas Corpus* 34.827/AL, tendo como relator o Ministro Nélson Hungria, discutiu o tema. Naquela decisão, a manifestação foi no sentido de vedar a investigação direta pelo *parquet*, uma vez que, segundo o Tribunal, essas atribuições da Polícia Judiciária não podem ser exercidas por Magistrados ou por Membros do Ministério Público. Vejamos: “O código de Processo Penal não autoriza, sob qualquer pretexto, a deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela Judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime”.⁵⁷⁰

Em 1998, no julgamento do *Habeas Corpus* 77.371-3/SP da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual teve como relator o Ministro Nelson Jobim, de forma unânime, ao que parece, posicionou-se favoravelmente a investigação direta pelo Ministério Público. Na verdade, o Supremo, nesse caso, não decidiu especificamente sobre os poderes investigatórios do *parquet*, apenas validou a possibilidade de ele ouvir testemunhas antes do recebimento da denúncia.⁵⁷¹

Mas em seguida a mesma Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, de forma diversa no julgamento do RE 205473/98, posicionar-se pela impossibilidade de o Ministério Público realizar as investigações diretamente, em face do disposto nos artigos 129, VII e 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal. Cabe, sim, ao representante do *parquet* requisitar a investigação à autoridade policial, conforme essa decisão. No mesmo sentido, foi a decisão

⁵⁶⁹ TUCCI, 2004, p. 46-50. O autor cita várias outras decisões de tribunais estaduais vedando a investigação direta pelo Ministério Público nos estados do Rio de Janeiro (*Habeas Corpus* n.º 615/96, 597/01, 1.046/01) Distrito Federal (*Habeas Corpus* n.º 1999.00.2.002413-8, 1999.00.2.002958-2), Goiás (2003300562033), Ceará (*Habeas Corpus* n.º 2004.0001.5987-9/0). Em regra, tais decisões negam o poder investigatório ao *parquet*, em face de não haver previsão constitucional para tal, além de ter expresso a Carta Magna que tal fusão é da Polícia Judiciária.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁷¹ BITENCOURT, 2008, p. 279-280. Vejamos a decisão: “EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PROVA COLHIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Incorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios de claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência de qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão. Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. ART. 26 da Lei 8625/93. Ordem denegada (grifo nosso), (STF, HC 77.371-3/SP; 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, Unânime, DJ. 01/09/98)”.

proferida no RE 233072/99.⁵⁷²

Em 2002 e 2003, o Supremo Tribunal Federal, também na 2.^a turma, em julgamento, respectivamente da liminar referente ao Inquérito 1.828-7/SP e do Recurso Ordinário, em *Habeas Corpus* n.º 81-326/DF, decidiu pela posição do relator, o Ministro Nelson Jobim, no sentido da impossibilidade de o Ministério Público realizar a investigação criminal diretamente. Vale citar as partes mais relevantes da decisão de 2003, as quais falam por si sós:

A Constituição Federal de 1988 dotou o Ministério Público de poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial. A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade de o mesmo realizar e presidir o inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas sim requisitar diligências nesses sentido à autoridade competente. A Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4.º). É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal. [...] A legitimidade histórica para a condução do inquérito policial e a realização de diligências investigatórias é de atribuição exclusiva da polícia. [...] Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional. [...] Na Assembleia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do controle externo da polícia civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. *O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais à polícia civil (CF, art. 144, § 4.º). Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93 cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do Ministério Público (arts. 7.º e 8.º). Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII) [...].*⁵⁷³ (Grifos nossos).

⁵⁷² BITENCOURT, 2008, p. 280. Vejamos, respectivamente, o texto das decisões, conforme citação do autor: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES, INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de autoridade administrativa deixar de atender à requisição do membro do Ministério Público no sentido da realização de investigação tendente à apuração de infrações penais, mesmo porque *não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º).* [...] porque *não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais* (art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II – RE não conhecido. (grifo nosso). [STF, RE 205.473-9/AL; 2ª Turma, *Rel. Ministro Carlos Velloso*, Unânime, DJ 15/12/98]. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. *O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido (grifo nosso).* [STF, RE 233.072-4/RJ; 2ª Turma, *Rel. Min. Néri da Silveira*, DJ. 18/05/99]”.

⁵⁷³ TUCCI, 2004, p. 63-5; também BITENCOURT, *op. cit.*, p. 281-2.

Observa-se que esses julgamentos ocorreram nas Turmas da Suprema Corte. Somente no julgamento do Inquérito 1868/DF é que a discussão acerca da possibilidade de o Ministério Público, diretamente, realizar investigação criminal chegou ao Plenário do Tribunal. Esse julgamento se encontra atualmente suspenso, com pedido de vistas pelo Ministro Cezar Peluso.

O fato apurado nesse inquérito se relaciona a supostas irregularidades na Clínica Santa Luzia, na qual teria ocorrido desvio de recursos provenientes do Sistema Único de Saúde. A intervenção da Suprema Corte deu-se em face da circunstância do ex-deputado federal pelo Maranhão, Remi Trinta, ser um dos acusados de participar de fraudes. O acusado defendeu-se afirmando que a denúncia era ilegal porque fora baseada em investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público.⁵⁷⁴

Ao analisar se recebia ou não a denúncia, o Supremo teve de se pronunciar sobre a questão relativa ao poder investigatório do MP, em sede de Plenário. No julgamento, dois ministros – Marco Aurélio, relator do Inquérito e Nelson Jobim - entenderam que o MP não pode investigar. Três ministros - Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto - posicionaram-se no sentido de que os promotores e os procuradores podem, sim, comandar investigações, ainda que na seara criminal. A seguir, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Cezar Peluso, situação que perdura até este momento.⁵⁷⁵

Estamos, portanto, no aguardo dessa decisão, a qual, talvez, sinalize com alguma solidificação jurisprudencial sobre o tema. Entretanto, o STF terá de continuar a discutir a questão do poder investigatório do MP.

Há várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre o assunto. Em uma delas, de n.º 3836/06, a OAB questiona a Resolução 13/06, do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual regulamentou a investigação criminal presidida por promotores e por procuradores. Essa ação encontra-se conclusa para o relator Ministro Ricardo Lewandowski desde 4.3.09.⁵⁷⁶

A alegação da Ordem dos Advogados é no sentido de que o Conselho Nacional do Ministério Público foi além de seus limites e atribuições e atuou como legislador, o que não lhe

⁵⁷⁴ BITENCOURT, 2008, p. 282.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 282-3.

⁵⁷⁶ Tramita também no STF a ADIN n.º 3806/06, na qual a ADEPOL questiona a mesma resolução, sendo que ambas as ações que tratam dos poderes de investigação do Ministério Público, no caso, contra a Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

competete.⁵⁷⁷ Outra ADIN é a de n.º 3303/04, da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), a qual traz a mesma discussão, sendo que a ação foi concluída ao relator em 16.4.09.

Naquele julgamento, que foi interrompido, envolvendo o deputado Remi Trinta, o STF analisava questão em concreto. Nessas ADINs, houve e haverá pronunciamento sobre questão de Direito. De qualquer sorte, importa ressaltar que a última decisão do STF, prolatada em 2003, foi no sentido de que o Ministério Público não pode investigar. Mas, mesmo assim, foram editados em vários estados provimentos dos Ministérios Públicos estaduais que conferem poderes investigatórios aos promotores e aos procuradores, os quais, a nosso ver, são inconstitucionais.

Mas a verdade é que a maioria dos juízes vem aceitando essas denúncias fundadas na investigação direta pelo *parquet*. Ao nosso ver, e dos autores citados, as teses levantadas pelos defensores dos poderes investigatórios não se coadunam com o paradigma constitucional de investigação.

Ora, como já referimos, se o constituinte quisesse dar o poder de investigar diretamente ao Ministério Público, por que não disse expressamente nesses dispositivos, assim como no artigo 129, III, que lhe confere o poder de presidir o inquérito civil? Parece que esta não era a intenção do legislador constituinte pois, do contrário, já teria deixado explícito. Aliás, como se referiu, todas as emendas do texto da Constituição, nesse sentido, foram rejeitadas pelos constituintes de 1988.

Sendo assim, não há como amparar atos investigatórios diretos do Ministério Público, em nenhum momento, no texto da Constituição Federal. Seja no texto em geral ou no artigo 129, em particular, uma vez que a apuração direta das infrações penais não está entre suas funções explícitas pela Carta Magna. Também não autoriza ao próprio Ministério Público legislar através de norma interna – resoluções - conferindo-lhe poderes, no mínimo duvidosos, que, sem dúvida cerceiam direitos e garantias individuais.

⁵⁷⁷ Os termos da referida resolução são categóricos no sentido da criação de procedimento investigatório, à reverbância da lei, vejamos: “**Art. 1º** O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. [...] **Art. 3º** O procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação. [...] **Art. 12** O procedimento investigatório criminal deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, permitidas, por igual período, prorrogações sucessivas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução. [...] **Art.15** Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente”.

É paradoxal que, para a Polícia Judiciária investigar, deva se pautar por normas processuais federais - Código de Processo Penal e outras - enquanto que o Ministério Público criaria sua própria norma investigatória, através de resolução interna. É inconcebível que uma norma interna do Ministério Público tenha alcance fora dos limites da instituição, inclusive atingindo direitos e garantias fundamentais – princípios constitucionais garantistas.

Caso aceitássemos - somente para argumentar - a possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público, há, de outro lado, a questão do controle externo. Se para se controlar a atividade investigatória da Polícia Judiciária há o mecanismo do controle externo pelo próprio Ministério Público, quem controlaria a atividade investigatória do *parquet*? Ou o Ministério Público é instituição que chegou a um grau de perfeição que está acima do bem e do mal e não precisa ser controlado? Entendemos que não. Relembremos as colocações de Prado: o ideário republicano não se coaduna com os poderes públicos sem controle.⁵⁷⁸

Enfim, o tema é polêmico e precisa de pronunciamento jurisprudencial a respeito. A sociedade brasileira pode – como outras optaram - resolver-se pela investigação preliminar presidida pelo Ministério Público, desde que a decisão seja balizada pelas normas constitucional e infraconstitucional. Todavia isso não pode ocorrer à revelia do Estado de Direito, através de resoluções internas do próprio Ministério Público, como acontece hoje.

3.2.3.3.5 Outros sujeitos da investigação preliminar no Brasil

Como já foi referido, é pacífico que, em regra, a investigação preliminar e, particularmente, o inquérito policial são atribuições da Polícia Judiciária. Entretanto também se mencionaram os entendimentos de que o Código de Processo Penal, no art. 4.º, abre, em tese, a possibilidade de que outras autoridades administrativas possam instruir investigações, denominadas extrapoliciais.

Referem Feldens e Schmidt, como espécies de investigação criminal não policial, os procedimentos elaborados pela Receita Federal quanto à sonegação de tributos federais, e pelo Banco Central contra os ilícitos cambiais e financeiros, como também, a apuração de infrações às leis previdenciárias procedidas pelos próprios agentes do INSS. Do mesmo modo, ocorre em relação a ilícitos ambientais, nos quais o IBAMA procede à apuração. Ainda, no âmbito da Administração Pública, as sindicâncias e inquéritos que são instruídos e,

⁵⁷⁸ PRADO, 2006, p. 132; No mesmo sentido BITENCOURT, 2008, p. 270.

corriqueiramente, acabam por constatar ilícitos penais. Em todos esses casos, as conclusões do procedimento são enviadas ao Ministério Público, o qual, com base neles, pode iniciar a ação penal.⁵⁷⁹

Os inquéritos policiais militares são outro exemplo – mas que têm prisão constitucional. Eles são presididos por autoridades militares, visando à apuração de eventuais crimes militares, os quais subsidiarão a futura ação penal movida pelo Ministério Público Militar na Justiça Militar.⁵⁸⁰

No caso de infração penal imputada a membro do Ministério Público, é o Procurador-Geral ou outro Procurador designado quem conduz a investigação do fato – Art. 40, § único da Lei n.º 8.625/93. Do mesmo modo, quando o investigado for Magistrado, é de atribuição do Presidente do Tribunal, ao qual o Juiz é vinculado, podendo, também, ser designado um membro da instituição para proceder à apuração – art. 33 da Lei Complementar n.º 35/79.

Conforme já se expressou, os parlamentares integrantes das Comissões Parlamentares de Inquérito também são autoridades autorizadas a proceder investigações pela Constituição Federal. Nas chamadas CPIs, os parlamentares integrantes têm poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais para apurar fato determinado, conforme o art. 58, § 3.º, da Constituição Federal.⁵⁸¹

Em termos infraconstitucionais, a Lei n.º 1.579/52 disciplina o funcionamento das CPIs. Com base nas conclusões do relatório da CPI, pode o Ministério Público apresentar denúncia e iniciar a ação penal, observadas, obviamente, as normas relativas à prerrogativa de foro privilegiado dos investigados.⁵⁸²

Outra modalidade de investigação extrapolicial, prevista no artigo 129, III, que, eventualmente, pode embasar a denúncia é o Inquérito Civil. Conforme dispõe a Lei 7.437/85, esse inquérito é presidido pelo Ministério Público e tem a finalidade de apurar a responsabilidade extrapenal de danos contra o consumidor e meio ambiente, por exemplo.⁵⁸³

Todavia, diante do paradigma constitucional de investigação criminal, expresso pela Carta Magna de 1988, a doutrina trava discussão sobre a natureza jurídica desses procedimentos, ou seja, se eles podem ser considerados procedimentos de investigação

⁵⁷⁹ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 87-8.

⁵⁸⁰ BASTOS, 2004, p. 141-3.

⁵⁸¹ FELDENS; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 91. A respeito dos Poderes Investigatórios das CPIs, os autores pontuam que: “Assim, toda CPI tem autonomia para praticar atos de investigação, independentemente de autorização do Poder Judiciário, naqueles casos em que o ato poderia ser praticado por outros titulares de investigações (a polícia judiciária, por exemplo) independentemente da mesma autorização. Daí a legitimidade, por exemplo, para determinar-se a condução coercitiva de uma testemunha”.

⁵⁸² BASTOS, 2004, p. 123-132.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 67.

criminal preliminar.

Discorrendo sobre o tema da atribuição investigatória no sistema brasileiro, Grinover posiciona-se de forma oposta, dizendo que essas espécies de apurações, procedidas por advogados, Banco Central, Receita Federal, etc., não podem ser consideradas investigações criminais – no sentido formal. Grinover⁵⁸⁴ diz:

Não tratarei, evidentemente, das investigações informais, que todos podem empreender, como o advogado, quando convida testemunhas, não para aliciá-las, mas para saber o que elas realmente sabem. Nem tratarei de investigações a que procedem órgãos como o Banco Central ou a Receita Federal, que na verdade investigam a respeito de ilícitos financeiros ou tributários da sua competência, podendo eventualmente encontrar elementos informativos a respeito da existência de crimes, que encaminham ao MP. O que interessa, nessa sede, são as investigações criminais formais, acompanhadas do poder de coerção.

Nossa posição é de conformidade com a de Grinover. Ou seja, partindo do pressuposto de que existe um modelo constitucional e formal de investigação, pensamos que as normas infraconstitucionais, que não se amoldarem ao texto da Carta de 1988, restam revogados, uma vez que não foram recepcionados.

Se o entendimento for diverso desse, estaríamos afirmando que a Constituição Federal é que tem de se adequar ao Código de Processo Penal e outras normas processuais de hierarquia inferior. Essa afirmativa leva a uma interpretação que vai de encontro à hermenêutica, aos princípios republicanos e aos da própria Constituição Federal.

3.2.3.3.6 Princípios constitucionais

Sob o enfoque do paradigma constitucional de investigação criminal, questão controversa, particularmente no caso do nosso inquérito policial, trata-se justamente da aplicação dos princípios constitucionais garantistas, propostos por esse arquétipo e expressos nos artigos 1.º a 5.º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁸⁴ GRINOVER, 2004, p. 4.

Na verdade, a controvérsia não se atém à aplicação ou não desses princípios constitucionais da legalidade e devido processo legal, presunção de inocência, direito ao silêncio, defesa e contraditório, garantia da dignidade do investigado e motivação das decisões – Art. 1.º, III, Art. 4.º, II e Art. 5.º, II, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, da CF/88. A aceitação teórica de tais princípios é quase que consensual, mas o problema está na efetivação deles, conforme afirma Saad⁵⁸⁵:

O inquérito policial, assim como as demais formas de persecução preliminar ou prévia, é fase procedimental carregada de significado e importância, não obstante o descaso da doutrina e mesmo dos tribunais com essa etapa da persecução penal. Nesse específico campo, a Constituição da República vem sendo reiteradamente interpretada de forma a restringir as garantias constitucionais lá escancaradas, reduzindo-se a nada o direito de defesa (art. 5.º, LV) e direito à assistência de advogado (art. 5.º, LXXIV, Arts. 133 e 134), já na persecução penal preparatória ou prévia.

Desse modo, a questão primordial e conflituosa é a adequação dos elementos norteadores e intrínsecos da investigação preliminar a esses princípios constitucionais garantistas, mormente quanto ao notório caráter inquisitorial e sigiloso do procedimento preliminar, ou seja, o de conseguir uma apuração do fato e da autoria eficaz, mas com respeito aos direitos e garantias individuais consignados no texto constitucional.

Nunca é demais lembrar que a investigação preliminar é instrumental em relação ao Processo Penal, ainda mais sob a óptica do paradigma constitucional de investigação criminal.

Já o Processo Penal é instrumento para a realização do Direito Penal e deve realizar sua dupla função: tornar viável a aplicação da pena e ser efetivo instrumento de garantia dos direitos individuais, protegendo o cidadão contra os abusos do Estado, instrumento de limitação da atividade estatal. Portanto deve-se buscar efetivar os princípios do Processo Penal na fase preliminar pré-processual.

a) Devido processo legal

Em termos processuais, o devido processo legal é de extrema relevância, uma vez que nele se embasa a questão da forma do processo, o qual, por sua vez, tem direta relação com o controle de o poder do Estado intervir na vida e na liberdade dos indivíduos.

E, é óbvio que a forma do processo só pode estar na norma legal, sendo a Constituição a lei máxima. Desse modo, quando falamos em devido processo legal, estamos nos remetendo

⁵⁸⁵ SAAD, 2004, p. 200.

ao princípio da legalidade, do qual nenhum ente ou agente estatal pode se afastar.

Ao abordar o assunto Canotilho⁵⁸⁶ refere que esse princípio, nos Estados Unidos da América, consolidou-se nas emendas V e XIV da Constituição daquele país, as quais são assim sintetizadas:

[...] **processo devido em direito** significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. [...] o *due process of Law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um “processo devido” obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. (Grifos do autor).

Definindo o princípio do devido processo legal como uma garantia de segurança pessoal do cidadão contra o Estado, na nossa Constituição, Afonso da Silva⁵⁸⁷ assevera que:

É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de *garantias* contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, *direito de segurança*. Essas regras de segurança pessoal exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conformes com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, vale dizer, atendam ao *princípio da legalidade*, ao *devido processo legal*. As normas constitucionais que definem o direito de segurança pessoal se acham inscritas nos incisos XLV a LXIX do art. 5.º da Constituição. Como se trata daquilo que denominamos de direito instrumental, o direito de segurança se inclui no conceito de *garantia constitucional*.

Nesse diapasão, o princípio do devido processo legal é aquele que expressa uma das questões mais importantes em um modelo democrático de Direito Criminal, qual seja, que todas as ações do Estado devam ter base e limite na lei.⁵⁸⁸

Por outro lado, é evidente que esse princípio se aplica à investigação preliminar, uma vez que essa é uma das formas mais invasivas de intromissão do Estado na vida do indivíduo. Aliás, a circunstância de termos hoje um paradigma constitucional – legal - de investigação criminal corrobora essa assertiva. Desse modo, na investigação criminal, a interpretação do Direito deve estar pautada na mais estrita legalidade, sendo incabíveis ideias de conveniência de momento e *poderes implícitos*.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ CANOTILHO, 2003, p. 493.

⁵⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 240.

⁵⁸⁸ Não é por acaso que o art. 37 “caput” da CF/88 elenca a **legalidade** como um dos princípios da Administração Pública: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

⁵⁸⁹ VIEIRA, Renato Stanzola. Ainda a investigação criminal direta do Ministério Público: poder implícito ou limite explícito? Proposta de novo enfoque. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 199, jun. 2009.

Ao rejeitar a tese de que a Constituição Federal, no artigo 129, conferiu poderes investigatórios ao Ministério Público, Bitencourt⁵⁹⁰ aborda a observância do princípio da legalidade da forma na investigação preliminar:

Extraír interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria “*legislar*” sobre matéria que o constituinte *deliberadamente* não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumento *a fortiori*, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal como ocorre, na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.

Nessa mesma linha de pensamento, ao abordar o tema da possibilidade de restrição de direitos fundamentais em norma infraconstitucional ou por meio de *poderes implícitos*, no sistema português, Canotilho afirma que isso só é possível ao legislador de Portugal, nos casos previstos expressamente no texto da Constituição. Ou seja, a potência da norma constitucional não se compatibiliza com a existência de poderes ou competências implícitas, a não ser nas hipóteses que a própria constituição autorizar de forma expressa.⁵⁹¹

Portanto, como já se abordou em outro momento, o respeito à legalidade e ao devido processo legal – *respeito às regras do jogo* – é imperativo, também, à investigação preliminar, a qual tem de ser realizada nos estritos limites estabelecidos na Constituição. A violação das normas constitucionais, nessa fase, levará à ilegitimidade dos elementos probatórios nela coligidos e, conseqüentemente, à nulidade dos atos da persecução criminal contaminados, bem como os deles decorrentes.⁵⁹²

b) Presunção de inocência

No artigo 5.º, LVII, da atual Constituição Federal do Brasil, está consagrado, pensamos, um dos princípios fundantes de qualquer sistema de garantias ao investigado ou acusado de um fato ilícito, que se pretenda intitular acusatório, qual seja, *o de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*.

⁵⁹⁰ BITENCOURT, 2008, p. 263.

⁵⁹¹ CANOTILHO, 2003, p. 451-3 e 548-9.

⁵⁹² CARVALHO, 2008, p. 59-60. O autor esclarece que no processo penal democrático se tem como pressuposto a sistematização do sistema acusatório e as regras processuais, inclusive quanto à investigação, são barreiras de contenção ao transbordar punitivo, decorrente tendência de aproximação dos sistemas processuais da estrutura inquisitória. Desse modo, a simples flexibilização ou ruptura das regras formais já implicaria nulidade. Nesse caso, invertendo a lógica inquisitória, caberia ao acusador demonstrar o não prejuízo, para que não fosse decretada a nulidade.

Na opinião de Bento⁵⁹³, a presunção de inocência caracteriza-se por quatro elementos:

[...] primeiro, como garantia política de preservação do estado de inocência do acusado; segundo como regra de julgamento no caso de dúvida, perpetuado o *in dubio pro reo*, para que seja eliminada qualquer dúvida, atingindo, quanto possível, a certeza da imputação; terceiro, como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, vedando prisões cautelares, sem a devida fundamentação da sua necessidade real e veemente, para que não se caracterize como uma execução provisória da pena; e, quarta, o direito do acusado ser julgado no prazo razoável, condicionando os órgãos de persecução penal, ao exercício da pretensão punitiva em prazo razoável, evitando infundáveis demandas sem definição em tempo satisfatório.

A previsão constitucional desse princípio aponta na direção de que o modelo busca ser acusatório e não inquisitório, uma vez que, nesse arquétipo de persecução, parte-se da presunção de culpa do investigado. Na verdade, a presunção de responsabilidade é uma das características principais do sistema penal inquisitório, conforme aponta Sánchez⁵⁹⁴:

El sistema inquisitivo parte de la presunción de responsabilidad y el proceso se erige para darle oportunidad al imputado de que se defienda y demuestre su inocencia seriamente cuestionada y comprometida. Le corresponde, por consiguiente, al procesado la carga de la prueba de su no responsabilidad. En un sistema inquisitivo no opera la presunción de inocencia, porque al iniciarse el proceso penal se parte de la idea de que hay indicio de responsabilidad, razón por la cual para permitirle al imputado desvirtuar el supuesto cargo se establece el proceso.

A presunção de inocência, na opinião de Choukr, constitui-se no fundamento para entendimento geral do sistema instrumental penal. Desse modo, exige, certamente, um comprometimento não apenas tecnicista, mas também ético do paradigma empregado. Ao se observar esse princípio, temos como consequências mais importantes o deslocamento do indivíduo da situação de objeto do processo e da intervenção do Estado, no nosso caso, o da investigação, para a condição de sujeito.⁵⁹⁵

A visão que tenta posicionar o investigado de forma alheia à fase preliminar é um resquício do modelo inquisitorial. No entanto, isso deve ser superado, pois o investigado, na fase preliminar pré-processual, sob o ponto de vista da principiologia constitucional garantista, é sujeito ou titular de direitos e não mero objeto da investigação. Na aplicação da principiologia garantista, não se faz distinção quanto à fase procedimental, uma vez que o

⁵⁹³ BENTO, Ricardo Alves. O Dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 576.

⁵⁹⁴ SÁNCHEZ, 2001, p. 188.

⁵⁹⁵ CHOUKR, 2001, p. 38

indivíduo é titular de direitos sempre, e as garantias não sofrem limitações por questões meramente procedimentais.⁵⁹⁶

O ataque ao princípio constitucional da presunção de inocência, na fase da investigação preliminar, via de regra, ampara-se nos maus antecedentes do investigado, o indiciamento em procedimentos investigatórios ou nos processos em instrução. Entretanto a doutrina mais progressista vem afastando o reconhecimento de maus antecedentes do processado, calcados em inquéritos policiais e ações penais em andamento. Essa doutrina entende que devem ser considerados maus antecedente, aqueles que decorrem de sentenças condenatórias transitadas em julgado.⁵⁹⁷

Todavia, mesmo que se considerem os antecedentes anteriores do investigado com maus, pensamos que isso por si só não afaste a presunção de inocência do sujeito passivo da persecução penal. Ou seja, enquanto não haja condenação definitiva do autor do fato que é sujeito passivo da persecução penal, embora indiciado e denunciado, alicerçada na comprovação da tese acusatória, incumbência do sujeito ativo da ação penal, permanece incólume a sua situação de inocente.

Desse modo, o que realmente deve importar para a imputação de um fato a um investigado não são seus antecedentes, mas a soma de indícios que indiquem ele ser o autor do delito apurado naquela investigação. Do contrário, haveria uma negação do modelo acusatório previsto constitucionalmente e uma afirmação do paradigma inquisitório, o qual a Constituição quer rechaçar.

c) Direito ao silêncio

Pretende-se neste trabalho fazer uma diferenciação clara entre a oitiva e o pregressamento do investigado. Embora a oitiva do investigado seja pela maioria da doutrina e mais pela práxis policial considerado o momento do indiciamento, são etapas distintas e não devem ser confundidas. Agora trataremos apenas da ouvida do investigado, sendo que a questão do indiciamento será tratada em tópico específico.

O interrogatório do investigado é, sem dúvida, o momento mais importante para que exerça seu direito de silenciar sobre os fatos que são apurados e, eventualmente, são-lhe imputados, caso assim deseje. Entretanto nem sempre foi assim, uma vez que o interrogatório do imputado, como momento probatório – obrigação de falar sobre juramento - na busca da

⁵⁹⁶ SAAD, 2004, p. 206.

⁵⁹⁷ CHOUKR, 2001, p. 41.

mitológica “verdade real”, teve vital relevância como um dos fundamentos do modelo inquisitorial.⁵⁹⁸

Discorrendo sobre o tema e sua aplicação no sistema italiano, Cordero⁵⁹⁹ afirma que:

El universo inquisitorio surge de los laberintos introspectivos, pues el acusado debe se detegere [ponerse al descubierto], confesándose culpable cuando lo sea; en todo interrogatorio jura; y si hay indicios para la tortura, la experimenta. Los sistemas de la época posinquisitoria excluyen toda medida dirigida a arrancar la verdad (ad eruendam veritatem); el interrogado habla o calla, como quiere, y el artículo 78, apartado 3.º, del Código de Procedimiento Penal de 1930, último texto, exige que sea advertido al comienzo de la diligencia de la correspondiente facultad.

A prerrogativa do investigado de permanecer calado constitui-se em um dos reflexos de uma garantia de maior alcance, a qual se caracteriza pelo *nemo tenetur se detegere*. De acordo com essa garantia, o acusado não deve ser prejudicado caso não demonstre boa vontade em ajudar na investigação ou a provar a tese acusatória – *nemo tenetur se ipsum accusare*.⁶⁰⁰

Segundo afirma Ferrajoli, o *nemo tenetur se detegere* é a norma fundamental do garantismo processual acusatório exposto por Hobbes e difundida desde o século XVII no Direito inglês. Resultaram desse princípio a vedação da “tortura espiritual”, bem como o próprio “direito ao silêncio” ou de responder o falso. Assim não é permitido extrair a confissão com a tortura física, bem como a conseguir por meio de pressão psicológica, por substâncias químicas ou por hipnose, uma vez que não se tolera a violação da consciência do acusado.⁶⁰¹

No sistema brasileiro, as normas do artigo 6.º, do nosso Código de Processo Penal, referentes aos atos investigatórios do inquérito policial, tratam de regras amplas. Elas dão poder à autoridade policial de agir livremente na busca de quaisquer provas relativas à apuração do fato sob investigação, obviamente que respeitadas as normas limitadoras da Constituição Federal e das demais leis.

⁵⁹⁸ THUMS, 2004, p. 170. Nas palavras do autor: “Para o sistema inquisitório, justifica-se qualquer diligência na busca da verdade, legitimando os poderes instrutórios do julgador. A hipervalorização do interrogatório e a dialética estabelecida entre a versão do réu com as demais provas vão formar uma “verdade”, que se dá o rótulo de real, como se fosse um reflexo no espelho do fato ocorrido. Há, portanto, um erro conceitual inominável, que acaba sendo assimilado como mito ou dogma”.

⁵⁹⁹ CORDERO, 2000, p. 92-93.

⁶⁰⁰ ROXIN, 2007, p. 88. Vale trazer a lição do mestre quando trata da aplicação desse princípio no sistema da Alemanha: “Inicialmente, la jurisprudencia alemana sostuvo que el silencio del acusado podría ser tomado como un indicio de culpabilidad (BGHSt 1,366) Hoy día, sin embargo, está plenamente justificada la preferencia por el punto de vista según el cual el principio de *fair trial* no permite considerar el silencio del acusado como prueba en ninguna circunstancia. Esto se aplica no solamente para los casos en los cuales el acusado permanece totalmente en silencio, o cuando niega que él haya cometido la conducta que se le endilga, sino también cuando se rehúsa a declarar ante la policía o rechaza la exposición testimonial en cualquier otro momento del proceso”.

⁶⁰¹ FERRAJOLI, 2002, p. 486.

O interrogatório do investigado – indiciado - está previsto no inciso V, do art. 6.º, do Código de Processo Penal, que remete ao artigo 185, no que diz respeito à forma como deve ser conduzida a ouvida do investigado. A ouvida do investigado – indiciado nos termos do CPPB - segundo aquilo que determina o Código de Processo Penal, deve ser procedida pela autoridade policial, inclusive sendo possível a sua condução coercitiva, caso não atenda à intimação do delegado de polícia.

O investigado, pois, não é obrigado a declarar nada na sua ouvida, mas tem obrigação de comparecer perante a autoridade. O Código de Processo Penal brasileiro assim disciplina em relação aos demais envolvidos no fato – ofendido e testemunhas - de acordo com os artigos 201, § único e 218, do CPP. O investigado, portanto, deve atender ao chamado da autoridade policial, mesmo que seja para silenciar.

Todavia, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio (Art. 5.º, LXII, da CF/88), pode-se sustentar que ele pode recusar-se a comparecer perante a autoridade policial. Como o investigado não tem obrigação nenhuma de colaborar com a apuração do fato, nem de produzir qualquer elemento de prova que o incrimine, o seu comparecimento perante a autoridade policial seria mais uma faculdade sua, visando apenas ao seu direito de defesa. Além do mais, o artigo 185, do Código de Processo Penal diz claramente: “*O acusado que comparecer..*”. Esse dizer leva à conclusão de que seu comparecimento para ser ouvido é de forma espontânea e facultativo – não obrigatória.

Desse modo, aplicam-se ao interrogatório policial as mesmas normas que orientam o interrogatório do acusado no processo judicializado. O investigado em sua ouvida não tem a obrigação de responder as perguntas que lhe forem feitas, bem como pode permanecer calado e nada declarar sobre a imputação que lhe é feita. Desse seu silêncio, nada se pode presumir em seu prejuízo, conforme o artigo 5.º, LXIII, da CF/88 e artigos 185 a 196, do Código de Processo Penal Brasileiro.⁶⁰²

Importante que se esclareça que o interrogatório do investigado deva ser encarado como um momento de autodefesa para ele e não como fonte de prova na investigação. Desse modo, tal ato de apuração deve ser orientado pelo princípio da presunção de inocência.⁶⁰³ Nesse sentido, assevera Lopes Jr.⁶⁰⁴:

⁶⁰² FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p.41.

⁶⁰³ SAAD, 2004, p. 283-4.

⁶⁰⁴ LOPES JR., 2003, p. 341-2.

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso deve ser considerado como um direito, e não como dever, assegurando-se o direito ao silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

Visando tornar eficaz a garantia do direito da não autoincriminação do investigado, o artigo 5.º, LXIII, determina que a autoridade policial lhe possibilite a assistência de advogado. Entretanto a autoridade policial não tem a obrigação de providenciar ao investigado um advogado inscrito na Ordem dos Advogados. Igualmente, o Delegado de Polícia não tem a obrigação legal de trazer ao interrogatório do investigado o advogado profissional para que este lhe preste assistência, sendo que não haverá vício em caso de não presença do defensor técnico.

Dessarte, a obrigação constitucional e legal do Delegado de Polícia é abrir ao investigado a possibilidade para que ele esteja assistido por defensor habilitado. Embora isso seja aconselhável, e se faça, muitas vezes, na prática, não é sua obrigação arranjar um advogado, mas não lhe impedir o acesso à defesa técnica. Todavia a Lei nº 11.449/07 determina que, em caso de lavratura de auto de prisão em flagrante, a autoridade policial que presidir o ato tem a obrigação de dar conhecimento imediato à Defensoria Pública, sobre a prisão de qualquer pessoa, caso ele não tenha informado o nome do seu advogado.

d) Publicidade

Outra característica da investigação preliminar, a qual deve ser confrontada com a principiologia garantista, é a circunstância de ser um procedimento sigiloso - secreto. Inclusive, de acordo com Código de Processo Penal, a autoridade poderá, no curso do inquérito policial, decretar o sigilo necessário à elucidação do fato, ou quando houver interesse da sociedade nesse sentido – artigo 20 do Código de Processo Penal.⁶⁰⁵

Embora a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5.º, XXXIII, traga a garantia do cidadão em receber dos órgãos públicos informações, de forma genérica, o mesmo dispositivo dispõe que pode haver limitação desse direito, conforme o interesse da sociedade e do Estado. Mas o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica – promulgado no país pelo Decreto 678/92 - que é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo pacto no seu artigo 8.º, item 2, “b”, traz expresso o direito à informação pormenorizada do conteúdo da

⁶⁰⁵ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 73-4.

acusação durante todo o processo.⁶⁰⁶

Observa-se, todavia, que eventual sigilo decretado nos autos do inquérito não atinge a autoridade judiciária e o Ministério Público.⁶⁰⁷ O advogado do investigado – e este próprio, é óbvio - em regra, podem acessar os autos da investigação, salvo se o segredo for imprescindível para assegurar a prova. No caso do advogado, o direito é assegurado pelo artigo 7.º, XIII a XV, e § 1.º, da lei 8.906/94 – Estatuto da OAB. Mas o tema é controverso, mormente quanto ao alcance do acesso do advogado e do investigado aos autos.⁶⁰⁸

Dessa forma, o direito à informação na investigação preliminar não é absoluto, uma vez que se pode decretar o sigilo no procedimento investigatório. Na verdade, embora esse sigilo deva ocorrer dentro dos limites constitucionais e legais, conforme Frederico Marques, a regra é o segredo na fase preliminar: “No inquérito policial, domina o princípio de que os atos são em segredo e em sigilo (art. 20), o que é, aliás, explicável, dada a natureza inquisitória das investigações policiais”.⁶⁰⁹

Importa referir que o sigilo também deve operar em favor do investigado, que tem seu direito à intimidade e presunção de inocência assegurados através do texto constitucional – artigo 5.º X e LVIII, da CF/88.

Em relação à publicidade dos atos persecutórios, traz-se a lição de Lopes Jr.⁶¹⁰:

A publicidade de uma audiência significa sua acessibilidade para todos. A publicidade chegou a ser uma petição política, como chegaram a ser o processo acusatório, o tribunal do júri popular e a oralidade. [...] Entendemos que se a publicidade dos atos poder ser limitada pelo CPP, em nome do utilitarismo judicial, com muito mais razão é permitido limitar a publicidade em nome do garantismo, para, nos termos do Art. 5.º, X, da CB, preservar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do sujeito passivo.

A não publicidade dos atos da investigação preliminar - o segredo - pode ser classificada em interno e externo. O segredo interno diz respeito aos sujeitos ou às partes na investigação, mormente quanto ao acesso do investigado e do defensor aos autos. O segredo externo relaciona-se à total publicidade dos atos, fora do âmbito dos sujeitos ou das partes. A

⁶⁰⁶ BRASIL (Leis, etc.) **Código Penal**, 2008, p. 837.

⁶⁰⁷ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 74.

⁶⁰⁸ LOPES JR., 2008, p. 114. No mesmo sentido, LOPES, Fábio Motta. Acesso aos inquéritos policiais: prerrogativa do advogado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 196, p. 4, mar. 2009a. Embora pondere que o acesso aos autos do inquérito policial não é irrestrito, o autor afirma que é prerrogativa do advogado acessar o procedimento investigatório: “Não se pode olvidar que o Estatuto da OAB, comparando-se com o CPP, é lei posterior e especial, razão pela qual deve prevalecer. Dessarte, o advogado habilitado terá o direito de acessar o inquérito policial para verificar os atos que foram formalizados pela polícia judiciária, prerrogativa funcional instituída para a defesa do investigado”.

⁶⁰⁹ MARQUES, 2000, p. 74.

⁶¹⁰ LOPES JR., *op. cit.*, p. 117.

investigação preliminar pode ter seus atos realizados com sigilo interno ou externo, conforme dispuser a legislação.⁶¹¹

O sigilo dos atos investigatórios pode ser justificado pelo interesse no esclarecimento do fato oculto – utilitarismo judicial - uma vez que a publicidade pode resultar no desaparecimento de provas e gerar a impunidade do agente.

Por outro prisma, plano garantista, a publicidade da investigação, falta de sigilo externo, traria certamente irreparáveis danos à imagem de um eventual inocente, com uma condenação antecipada do investigado. Isso pode ocorrer em alguns casos, por exemplo, em face do sensacionalismo midiático em relação ao fato. Sabe-se que esses prejuízos – à intimidade, à honra e à imagem das pessoas - obviamente não seriam reparados com a eventual absolvição posterior do investigado, uma vez que o estigma de culpado já fora absorvido pela opinião pública.⁶¹²

Desse modo, em relação ao sigilo externo, quanto aos atos da investigação, já que o fato é público, deve sempre ser interpretado de uma forma o mais abrangente e garantista possível. O sigilo deve ser a regra, uma vez que a divulgação de nomes de investigados, dados financeiros, fotografias, depoimentos e conversas telefônicas, por exemplo, sem dúvida, violariam o princípio constitucional da preservação da imagem e da vida privada – artigo 5.º, X, da CF.⁶¹³

Excepcionalmente, poder-se-ia dar publicidade a alguns desses atos ou elementos da investigação, quando a situação justificasse, como, por exemplo, para identificação de um suspeito, a qual, por outros meios investigatórios, não foi possível.

Em relação ao sigilo interno, ele deve ser analisado do ponto de vista de ser parcial ou total. O sigilo total proíbe o acesso do investigado, como do seu defensor, a todos os atos da investigação. Essa ideia, a nosso ver, é absolutamente inconstitucional, uma vez que afasta qualquer possibilidade do contraditório e da ampla defesa, bem como de controle sobre a apuração preliminar do fato.⁶¹⁴

⁶¹¹ LOPES JR., 2008, p. 118.

⁶¹² *Id.*, 2009, p. 113. Assevera ainda o autor: “De acordo com decisão do TJRS, o sigilo nas investigações é justificável perante terceiros (sigilo externo), em respeito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, nos termos do art. 5.º, inciso X, da CF”.

⁶¹³ GOUVEIA, Humberto. Fundamentos e limites do sigilo bancário. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 299. O autor assevera que nesse caso haveria também violação da dignidade humana: “A intimidade resulta do exercício da liberdade, tomando-se ETA na sua acepção mais nuclear. Logo, a relação direta de coimplicação entre os conceitos de intimidade, dignidade da pessoa humana e liberdade”.

⁶¹⁴ LOPES, *op. cit.*, p. 114-18. Conforme o autor: “Recentemente, no julgamento do HC 92.331, em que foi relator o Min. Marco Aurélio, o STF reafirmou que, apesar de ser possível o sigilo com relação a investigações que estejam em andamento, a partir do momento em que se marca o interrogatório dos investigados, se tona indispensável o acesso da defesa aos autos do inquérito policial, sob pena de ferir de morte o princípio do devido processo legal”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante número 14, nos seguintes termos: “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”.⁶¹⁵

Entretanto, quanto ao segredo interno parcial, pensamos que é defensável é até mesmo necessário à apuração do fato. O segredo interno parcial restringe o acesso ou o acompanhamento pessoal do ato pelo investigado, todavia propicia que o defensor o faça. Desse modo, o segredo ficará limitado, como já se referiu, a determinados atos, diligências ou elementos da investigação preliminar, que alguns sujeitos não participarão, ou não terão conhecimento da realização de atos específicos. Nesse caso, afirma Lopes Jr.⁶¹⁶ que:

O segredo interno pode limitar-se a determinados aspectos ou atos da investigação, como, por exemplo, pode proibir a presença do sujeito passivo e/ou do defensor na tomada de declarações de uma testemunha ou restringir o conhecimento do conteúdo ou da realização de uma prova pericial. Inclusive existem certas atividades de investigação que exigem o segredo para garantir sua eficácia. Exemplo claro é a intervenção nas comunicações telefônicas, pois seu êxito depende exatamente do conhecimento de sua existência. Caberá a cada sistema processual estabelecer formas de impugnação posterior.

Inegável é que o segredo interno total ou mesmo parcial, prejudicará a defesa e o contraditório pleno do investigado na fase da investigação preliminar. Mas a questão é justamente esta: a adequação do caráter sigiloso e inquisitivo da investigação preliminar com a principiologia garantista na sua totalidade.

Teoricamente, é possível propor um critério misto, o qual, sendo necessário à investigação o segredo, tanto externo, como interno, estará presente nas diligências preliminares, mormente nos crimes de maior gravidade.⁶¹⁷

⁶¹⁵ BRASIL. **A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as mega-operações**. São Paulo, n. 175, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 13 nov. 2009. Nesse sentido, RAHAL, E; GROCH, Flávia; LEITE, Ludmila de Vasconcelos. Transparência e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 197, p. 2, abr. 2009. As autoras referem que se tratou de grande progresso a jurisprudência consolidada na súmula vinculante n.º 14. No entanto, ponderam que: “Em suma, não podemos deixar de comemorar uma vitória do direito de defesa e do Estado de Direito, mas devemos continuar atentos às reiteradas tentativas de retrocesso e de aniquilamento e conquistas decorrentes de anos de luta, que salvaguardam direitos de todos e não apenas de alguns”.

⁶¹⁶ LOPES JR., 2008, p. 125. Nesse sentido, cabe observar que, no nosso ordenamento jurídico, no caso específico das interceptações telefônicas a Lei 9.296/06 normatiza esse procedimento investigatório no Direito pátrio, regula que a diligência será conduzida sob segredo de justiça (Art. 1.º). Também no Art. 8.º dessa Lei está expresso que a interceptação será formalizada em autos apartados do inquérito ou do processo criminal, visando ao sigilo das diligências.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 129.

Nessa visão, temos como regra a publicidade, e o segredo seria decretado excepcionalmente. Não se pode negar que na investigação de determinados delitos o segredo interno é indispensável. Quando se está no início da apuração do fato, há poucos elementos informativos, circunstância na qual qualquer óbice poderá resultar no insucesso do procedimento preliminar investigatório.⁶¹⁸

Entretanto, isso será a exceção e o segredo deverá ser afastado antes do fim da investigação, visando possibilitar ao investigado o acesso aos autos, para que exerça seus direitos constitucionais. Ou seja, os atos investigatórios já realizados e tornados formais deverão ser públicos às partes – investigado, vítima, bem como ao defensor do primeiro.⁶¹⁹

e) Defesa e contraditório

Ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, em que há desconcentração das funções no processo, o modelo inquisitivo caracteriza-se, dentre outras questões, pela convergência dos papéis processuais para uma única pessoa.

Nesse sentido, Sánchez⁶²⁰ disserta, respectivamente, sobre as características dos sistemas penais:

SISTEMA PENAL INQUISITIVO: [...] 8. Concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar. En el sistema inquisitivo no están separadas las funciones de investigar, acusar y juzgar, ya que un mismo funcionario realiza toda esta actividad. [...] SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO: [...] 3. La imparcialidad del juez. Las funciones de investigar y acusar se asignan al fiscal, y le corresponde al juez la exclusiva de juzgar, sin que pueda tener ninguna injerencia en las actividades propias de aquél, quien a su turno tiene el monopolio del impulso del aparato jurisdiccional.

No modelo inquisitório, a autoridade, como faz as vezes de todos os atores envolvidos na persecução criminal, age de ofício, em qualquer uma das tarefas, seja na defesa, acusação ou decisão sobre o acervo apurado. Desse modo, o investigado é visto como mero objeto de investigação, portador da verdade de um fato, cuja verdade o inquisidor deve extrair.⁶²¹

Nesse diapasão, a dogmática tradicional vem sustentando que o fundamento do caráter inquisitório da investigação preliminar estaria justamente na ausência de contraditório. Isso se

⁶¹⁸ PRADO, 2006, p. 122.

⁶¹⁹ SAAD, 2004, p. 334-5.

⁶²⁰ SÁNCHEZ, 2001, p. 188-91.

⁶²¹ CARVALHO, 2008, p. 75.

dá pelo caráter secreto, bem como a atuação da autoridade inquisidora – no caso do nosso sistema a autoridade policial – de forma a não permitir a participação de terceiros no feito. Assim, ela age de ofício e com discricionariedade, nas diligências que entender cabíveis, desde que legais, com o objetivo de apurar a materialidade e a autoria do fato investigado.⁶²²

Aponta, no sentido da inquisitorialidade do inquérito policial, o disposto no artigo 107, do Código de Processo Penal, que impede a postulação de suspeição da autoridade policial, no curso do procedimento.⁶²³ No mesmo sentido, é o disposto no artigo 14 do Código, o qual autoriza a autoridade policial a indeferir requerimentos do investigado para a realização de diligências investigatórias – exceção ao exame de corpo de delito, de acordo com o artigo 184, do Código de Processo Penal.

Tendo em vista a forma inquisitória do inquérito policial, bem como seu caráter secreto e escrito e o Código de Processo Penal – ao contrário da CF/88 - não disciplinar adequadamente os direitos do indiciado, há controvérsias sobre a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na investigação preliminar brasileira. Na verdade, há parcela da doutrina pátria que nega a possibilidade da aplicação de tais princípios à fase preliminar.⁶²⁴

Para Frederico Marques⁶²⁵, no inquérito policial, o investigado não é sujeito de direitos, bem como o contraditório nessa fase comprometeria a eficácia da investigação preliminar:

[...] na fase policial da *persecutio criminis*, “o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, e não sujeito de um processo jurisdicionalmente garantido”. Em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisas e investigações, porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz. [...] Logo, é também desaconselhável uma investigação contraditória processada no inquérito. Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação.

De acordo com a doutrina tradicional, poucos inquéritos que admitiriam o contraditório do investigado. Um dos dois casos seria o inquérito judicial, com a finalidade de apuração de crimes falimentares, de acordo com a lei de falências. O outro é aquele instaurado pela Polícia Federal, por requisição do ministro da justiça, visando à expulsão de estrangeiro, sendo, neste caso, obrigatório o contraditório e defesa – artigo 70 da Lei 6.815/80.⁶²⁶

⁶²² FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 22.

⁶²³ MARQUES, 2000, p. 167.

⁶²⁴ LOPES, 2009c, p. 91-2 e 121-2.

⁶²⁵ MARQUES, *op. cit.*, p. 164 e 7.

⁶²⁶ LOPES JR., 2008, p. 304-5.

Ao atacar a inquisitorialidade da investigação preliminar no Brasil, Giacomolli afirma que, não obstante as garantias asseguradas pelo texto constitucional de 1988, essa etapa da persecução criminal continua a se caracterizar, na prática, pela falta da defesa e de exercício do contraditório pelo investigado em relação à imputação. A defesa e o contraditório do investigado acabam se reduzindo apenas na sua inquirição no procedimento.⁶²⁷

A respeito da forma como deve ser encarado o caráter inquisitorial do inquérito policial, Feldens e Schmidt assim se posicionam:

Tais afirmações devem ser adequadamente analisadas. Significa dizer: não se trata, no âmbito do inquérito, de impedimento ao exercício do contraditório, o qual, em determinadas hipóteses, é salutar seja verificado. Em realidade, o qual se pretende sustentar é que sua inobservância não terá, como regra, o condão de nulificar a investigação realizada, impedindo figure ela como base à futura e eventual ação penal.⁶²⁸

Desse modo, o caráter inquisitório da investigação preliminar não significa poderes discricionários ilimitados à autoridade policial na sua condução. Na verdade, quer-se dizer que, devido ao seu caráter inquisitorial no inquérito policial, não prevalece o princípio acusatório no qual instituições distintas exercem cada função – O Ministério Público acusa, e o Poder Judiciário julga. O inquérito policial é instruído do início ao fim pela mesma instituição e autoridade.⁶²⁹

Partindo dessa ideia, podemos afirmar, categoricamente, que, ao contrário da afirmação generalista, existe previsão legal e possibilidade de contraditório e defesa no inquérito policial. Esses princípios são aplicáveis ao inquérito policial - se o Código de Processo Penal não é claro quanto a isso - a CF/88 tem previsão expressa.

No artigo 5.º, LV, a CF deixa claro que “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”. Por esse motivo, tais princípios garantistas não poderiam ser afastados na investigação preliminar criminal, uma vez que o investigado se insere naquela circunstância - acusados em geral.⁶³⁰

⁶²⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 296-7. Nesse sentido, FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. Interrogatório contraditório no Inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 138, maio, 2004. O autor defende que, depois da Lei n.º 792/03, a qual trouxe inovações no procedimento do interrogatório do acusado, o princípio do contraditório aplica-se ao depoimento do imputado, já na fase o inquérito policial: “Conclui-se, portanto, que, apesar do inquérito não ter mudado, de ser possível, flagrante sem depoimento/interrogatório do investigado, são nulos e ilícitos todos os interrogatórios em fase policial sem a presença do advogado e sem consulta prévia deste pelo investigado, devendo ser desentranhados dos autos, ou inutilizados, a pedido da defesa”.

⁶²⁸ FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 23.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ LOPES, 2009c, p. 96-7. O autor assevera ainda que o próprio Código de Processo Penal, no art. 304, na redação da Lei n.º 11.113/05, ao se referir ao investigado preso em flagrante usa “o termo acusado”.

Esclarece, ainda, Lopes Jr.⁶³¹ sobre a defesa no inquérito policial:

O Direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Inobstante, exige especial atenção ao grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal. [...] Em suma: existe direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido e acesso aos autos). O desafio é dar-lhes a eficácia assegurada pela constituição.

Para Saad, não existiria propriamente um contraditório no inquérito policial - em sentido técnico-jurídico - uma vez que não há parte acusadora formalmente instituída. Não há parte e contraparte. Por outro lado, há sem dúvida, o direito de defesa previsto na Constituição Federal - que deve ser garantido - o qual se traduz em resistência, antagonismo de forças. Esse direito possibilita ao investigado a prerrogativa de objetar a imputação mediante, inclusive, assistência de defensor técnico. A defesa exerce-se ainda na possibilidade do investigado silenciar diante da imputação, trazer aos autos as provas que o inocentem ou que diminuam a sua culpa.⁶³²

Na visão de Tovo, aplicam-se o contraditório e a ampla defesa na investigação preliminar, seja pelo motivo do emprego do termo *acusado em geral* ou da utilização da palavra litigantes, no art. 5.º, LV, da Constituição Federal⁶³³. Vejamos sua posição:

O direito ao contraditório e à ampla defesa que a Constituição de 1988 assegura diretamente aos litigantes e acusados em geral vige em qualquer tempo, mesmo antes de instaurado o processo penal condenatório, visto que, se assim não fosse, ao Estado se estaria dando um poder absurdo de surpreender o réu com provas obtidas ao sabor e nas sombras da inquisitorialidade.

Nesse sentido, Lopes afirma, e com razão, que a característica inquisitiva da investigação preliminar não pode ser vista como um processo inquisitório eclesiástico. Ou seja, mesmo na fase inquisitiva, o processo penal deve se pautar pela busca da verdade atingível – verossimilhança. Por esse motivo, tal característica não serve como argumento

⁶³¹ LOPES JR., 2008, p. 301-2.

⁶³² SAAD, 2004, p. 220-3.

⁶³³ TOVO, 2008, p. 134-5.

para supressão de garantias fundamentais nessa fase, como o contraditório e a ampla defesa.⁶³⁴

Para Tovo⁶³⁵, a busca da verdade no processo penal – em todas as fases - deve estar pautada em um contraditório (dialética), que vai além da simples oitiva da parte contrária:

Não basta, no entanto, a ouvida, o *autiatur et altera pars* há de ser interpretado em sentido mais amplo: direito de contestar, de buscar a verdade, mediante fiscalização recíproca e, acima de tudo, o direito de apresentar contraprova. [...] Em suma, para efeitos incriminatórios, sempre que possível, a verdade que ser buscada por confrontação dos opostos, ainda que na fase preparatória da ação penal.

O contraditório na fase preliminar, conforme Lopes, em um primeiro momento, concretiza-se por meio de assegurar ao indiciado o direito à informação – consulta dos autos – sobre a investigação. A partir daí, ele poderá exercer, também, o direito de defesa, através da confrontação da imputação e da solicitação de produção de prova defensiva. Aliás, isso é o que está expresso no art. 14 de Processo Penal. Além do mais, baseada no art. 6.º, inciso III, a Polícia Judiciária deverá recolher *todas as provas* servíveis ao esclarecimento do fato, inclusive as que interessem à defesa.⁶³⁶

O direito de defesa no inquérito policial estaria dividido em quatro elementos: o primeiro é a ciência da imputação, a qual consistiria, além da nota de culpa, da ciência da existência da investigação contra si e comunicação da prisão ao magistrado e ao familiar.⁶³⁷

O segundo é o direito à autodefesa, que se efetiva através do interrogatório, o direito ao silêncio e de não declarar a verdade. Direito de não participar de diligência que produza prova contra ele – reconstituição do fato, acareação e fornecimento de prova à perícia. Ainda direito à assistência de curador, no caso de adolescente.⁶³⁸

O terceiro é o direito à defesa técnica que se traduz na ciência pelo investigado do seu direito a advogado, sendo este de sua livre escolha ou de nomeação de defensor dativo: acesso do defensor à investigação para assistência e acompanhamento. O eventual segredo dos atos

⁶³⁴ LOPES, 2009c, p. 100-1.

⁶³⁵ TOVO, 2008, p. 52-3.

⁶³⁶ LOPES, *op. cit.*, p. 100.

⁶³⁷ PRADO, 2006, p. 120-6. A respeito do acesso do imputado à investigação – direito à informação - o autor observa que a distinção entre o princípio acusatório e o inquisitivo não se situa somente na separação de funções. Salienta que mais importante é a *forma do imputado participar do processo*. E, nesse sentido, pontua que tem se acentuado uma tendência a restringir o espaço da defesa, mormente nas fases preliminares e quando se tratam de delitos envolvendo a criminalidade organizada. Embora não negue a necessidade de sigilo de determinados atos de investigação, o autor assevera que a validade desses atos cautelares levados a cabo *inaudita altera pars* estarão vinculados a um contraditório a posteriori, sob pena de invalidação.

⁶³⁸ SAAD, 2004, p. 269-9.

da investigação não se aplicaria ao investigado e defensor. Irrestrito acesso entre o defensor e o investigado, além da possibilidade de admissão e proposição de provas, bem como o direito de intérprete, se for o caso. O *quarto e último* é o direito de petição ao Poder Judiciário, *habeas corpus* e mandado de segurança.⁶³⁹

Esses princípios, pensamos nós, são compatíveis com a investigação preliminar, inclusive pelo motivo de serem assegurados pelo Art. 5.º da CF, direta ou indiretamente. Todavia, como já se salientou, se não existe grande controvérsia quanto a sua previsão legal, isso não ocorre em relação ao alcance deles, bem como as suas concretizações nos nossos procedimentos de investigação preliminar.⁶⁴⁰

Ponto discutível é, com certeza, a ciência prévia da investigação e acesso a todos os seus atos e diligências por parte do investigado e defesa técnica. A obediência ilimitada desse princípio – inexistente em qualquer modelo estudado - conforme apontado, certamente inviabilizaria a investigação produzida no inquérito policial e a consequente apuração do fato.

Contudo, essas peculiaridades da investigação preliminar não podem resultar em completa supressão de garantias fundamentais constitucionalmente previstas, como o contraditório e a ampla defesa.

Cabe lembrar que na Itália e na Alemanha, por exemplo, o órgão responsável pela fase preliminar deve colher tanto provas contra o imputado, como em favor dele. Lá o que realmente importa, sob o ponto de vista da lei, é o esclarecimento do fato. Importante pontuar ainda que a fase da investigação preliminar é carregada de significados, motivo pelo qual não deve ser tratada com descaso no tocante a direitos e garantias, sob pena de resultar em danos irreparáveis à imagem e mesmo à situação processual do imputado.⁶⁴¹

f) Dignidade do investigado

Em termos de principiologia garantista, é importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana, elencada no Art. 1.º, III, da CF/88, como fundamento da República Federativa do Brasil, pode ser considerado como princípio do qual decorrem os demais

⁶³⁹ SAAD, 2004, p. 310–366. Os itens primeiro, segundo e terceiro são nominados pela autora como exercício endógeno no inquérito policial. Já o quarto diz respeito ao direito de defesa endógeno no inquérito policial.

⁶⁴⁰ LOPES, 2009c, p. 110. Afirma o autor: “Consigne-se, por derradeiro, que um fator problemático é a não existência de disposição infraconstitucional que, atualmente, obrigue a autoridade policial a cumprir todas essas exigências arroladas. Se houvesse, não haveria dúvida acerca da adoção dessas melhorias no âmbito da investigação criminal. No entanto, uma leitura constitucional adequada, como já frisado, permite uma interpretação no sentido defendido”.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 163-4.

direitos fundamentais – inclusive os do investigado.⁶⁴²

Sobre a dignidade humana, Sánchez⁶⁴³ observa que:

Mientras en el Estado de derecho la dignidad inherente al ser humano es un fin, cuya realización se logra mediante la concreción de los demás derechos fundamentales, en el Estado social y democrático de derecho la dignidad humana es presupuesto para la realización de tales derechos, porque se considera que de nada sirve consagrar derechos y garantías que tengan por destinatario al hombre si su dignidad le es desconocida. [...] Por esta razón, la dignidad humana es un límite a la función punitiva del Estado, no solo en el desarrollo del proceso penal, durante el cual no puede convertir al imputado en objeto de prueba, porque ello significaría instrumentalizarlo, sino también en la ejecución de la pena porque no puede someterlo en ningún instante a tratos inhumanos, crueles o degradantes.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Sarlet⁶⁴⁴ afirma que:

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana [...].

Então a dignidade da pessoa humana, como princípio fundante dos direitos fundamentais, não é algo que se confere, uma vez que é inerente à condição humana. Tratando-se desse princípio, não há que se discutir a respeito à vida e à incolumidade física e corporal, são-lhe componentes irrefutáveis esses respetos.⁶⁴⁵

Na investigação criminal, a questão do tratamento digno do investigado, segundo Giacomolli⁶⁴⁶, apresenta-se da seguinte forma:

A superação da crise na investigação criminal não está na substituição do sujeito encarregado de conduzi-la, mas na adequação de suas regras à normatividade substancial da Constituição Federal e do respeito à integridade do suspeito cujo tratamento há de obedecer ao respeito a sua dignidade de ser humano.

Podem ser encaradas como violações da dignidade do investigado/acusado as denúncias sem individualização da conduta; as ridicularizações a que são submetidos os imputados, com ofensas pessoais e com usos de termos pejorativos. O uso de algemas, mesmo que o

⁶⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. ver. atual ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107-108.

⁶⁴³ SÁNCHEZ, 2001, p. 136.

⁶⁴⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁴⁶ GIACOMOLLI, 2008b, p. 336.

investigado/acusado não ofereça risco a si mesmo ou a terceiros, bem como a utilização desmedida das prisões cautelares sem necessidade. Ainda, o não respeito ao mandamento de proibição de produção de provas ilícitas ou ilegítimas – com violação de direitos e garantias expressas na Constituição Federal ou normas processuais penais.⁶⁴⁷

A eficiência da persecução criminal – mormente na fase preliminar - não pode ser obtida por meio de um tratamento indigno do investigado, conforme assevera Lopes⁶⁴⁸:

É relevante referir, outrossim, que as investigações criminais devem (ou deveriam) ser realizadas com isenção e objetividade, cabendo à polícia investigativa agir com respeito à dignidade da pessoa humana – princípio fundamental da República Federativa do Brasil – e comprometida com a cidadania, sem que isso signifique impunidade ou uma redução da eficiência do trabalho policial.

A identificação criminal do investigado também se apresenta como outro ponto delicado, tendo em vista seu caráter constrangedor e atentatório à dignidade da pessoa. Segundo o texto constitucional vigente, *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei* – Art. 5.º, LVIII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, não é mais possível que a autoridade policial, no curso da investigação criminal, submeta alguém civilmente identificado, que porte qualquer documento oficial e reconhecido como identidade civil pela lei, a novo procedimento de identificação criminal.⁶⁴⁹

Regulamentando o texto constitucional, vieram normas que autorizam a identificação criminal do civilmente identificado, como a Lei 9.034/95 do Crime Organizado.⁶⁵⁰ No mesmo sentido, foi promulgada a lei 10.054/00, a qual especifica, no artigo 3.º, em que hipóteses isso ocorrerá.⁶⁵¹

Mas essas normas não diminuíram os problemas nessa seara. Como não se possui um sistema de identificação civil informatizado e instantâneo, a autoridade policial não tem

⁶⁴⁷ GIACOMOLLI, 2008b, p. 336-7.

⁶⁴⁸ LOPES, 2009c, p. 164-5.

⁶⁴⁹ Anteriormente ao texto do dispositivo supra, da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal havia, através da Súmula 568, declarado que *a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente*.

⁶⁵⁰ “Art. 5.º a identificação criminal de pessoas envolvidas coma a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”.

⁶⁵¹ As situações previstas na lei são as seguintes: 1. indiciamento ou acusação por homicídio doloso, crime contra o patrimônio com violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual e falsificação de documento público; 2. fundada suspeita de falsificação ou adulteração de documento de identidade; 3. mau estado de conservação ou distância temporal da carteira de identidade, quando impossibilitar a leitura dos dados essenciais; 4. quando constar outros nomes ou apelidos dos registros policiais; 5. quando houver registro de extravio da carteira de identidade; e 6. quando o acusado não comprovar em 48 horas a sua identificação civil.

como, no momento de uma prisão em flagrante, por exemplo, verificar, com certeza absoluta, se o preso é mesmo a pessoa que consta no documento que ele apresenta.⁶⁵²

Disso decorre um problema, que talvez seja o mais grave, ou seja, quando um detido apresenta a documentação de outra pessoa. Essa, formalmente, passa a ser a acusada pelo delito, restando, muitas vezes, condenada e passando a ser procurada pela Justiça. Já houve casos de pessoas cumprindo pena por crimes de outrem, como resultado dos problemas decorrentes do nosso sistema de identificação civil inadequado.

Ou seja, visando a um tratamento digno, tentou-se livrar o cidadão do constrangimento da identificação criminal obrigatória, mas problemas operacionais acabaram por gerar uma total insegurança sobre a real identidade das pessoas que passam pelo sistema penal. Acreditamos não existir situação mais violadora da dignidade da pessoa humana do que essa de ser penalizada por engano, no lugar de outrem.

Todavia os limites *jus puniendi*, pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não podem ser encarados como impeditivos da persecução criminal. Equilibrar a repressão com os princípios garantista é perfeitamente possível. Um sistema criminal, pautado pela dignidade da pessoa humana, é encarado como um meio de aprimoramento do cidadão e tutela de Direitos Humanos - mecanismo de inclusão social. Ou seja, deixa-se de ver o sistema penal como meio de repressão e contenção – exclusão - política de parcelas da sociedade.⁶⁵³

A dignidade é um atributo que é próprio da sua condição de ser humano, não se lhe podendo ser subtraída, barganhada ou declinada. Do mesmo modo, temos de ter bem claro que a pessoa humana nunca é um meio, mas sim o fim. Portanto, a coisificação das pessoas ou utilização delas como instrumento deve ser rechaçada, mormente quando se fala de persecução criminal.⁶⁵⁴

⁶⁵² No Brasil, a identificação civil é feita atualmente em cada Estado federado, sendo que não há um banco de dados nacional, para consulta instantânea, muito menos com conferência informatizada automática das impressões digitais. Em um país com as dimensões do Brasil, isso é um problema muito grave. Esse sistema de identificação civil ineficaz, conjugada com as restrições à identificação criminal, decorrentes das novas normas constitucionais e legais, vem trazendo inúmeros casos de foragidos que deixam de ser presos, pois apresentam documentos de outras pessoas ou falsificados que não podem ser checados imediatamente, o que leva a sua soltura, via de regra.

⁶⁵³ STUCCHI, Patrícia. O enfoque constitucional da decisão de pronúncia. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 549-50.

⁶⁵⁴ PINZON, Natália Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: CARVALHO, Salo de. (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 286-294.

g) Motivação do indiciamento

O indiciamento no sistema brasileiro é tema que, além de controverso, traduz-se em problema de grande relevância, uma vez que carece de norma que o esclareça e determine adequadamente. É também assunto que, a nosso ver, além da legislação, não tem merecido o cuidado adequado, principalmente da doutrina.

Os problemas do indiciamento no sistema atual vão desde a conceituação correta até o seu alcance legal. As obrigações e os direitos que decorrem da medida e, principalmente, as características formais do ato, além de qual seria o momento mais cabível para ser procedido.

O Código de Processo Penal não traz qualquer referência clara sobre a definição do que seria o indiciamento e muito menos em que momento ele deveria se produzir. Sobre o indiciamento no Código de Processo Penal, Lopes⁶⁵⁵ afirma que:

Entretanto, apesar de o CPP fazer menção a *indiciado*, não define, em momento algum, o que seja o indiciamento, quais as consequências jurídicas decorrentes desse ato, as formalidades que deve observar a autoridade policial ao indiciar o investigado e o momento em que deve ocorrer. Quanto a esses aspectos, na realidade, o CPP é omissivo.

O indiciamento é a imputação a alguém, no curso do inquérito policial, da prática de um crime, sempre que houver razoáveis indícios de sua autoria. É, portanto, o esboço de uma acusação, fazendo as vezes da denúncia e queixa, as quais se traduzem em minutas da sentença criminal. Sobre o indiciamento, Nucci⁶⁵⁶ esclarece que:

Indiciado é a pessoa eleita pelo Estado-investigação, dentro de sua convicção, como autora da infração penal. Ser indiciado, isto é, apontado como autor do crime pelos indícios colhidos no inquérito policial, implica um constrangimento natural, pois a folha de antecedentes receberá a informação, tornando-se permanente, ainda que o inquérito seja, posteriormente, arquivado. Assim, o indiciamento não é um ato discricionário da autoridade policial, devendo basear-se em provas suficientes para isso.

O indiciamento necessita estar fundamentado e materializado na afluência de elementos que apontem a verossímil autoria do fato delituoso a um específico ou a específicos indivíduos. Assim, depois de ocorrido o indiciamento de alguém, todas as diligências investigatórias vão se dirigir ao indivíduo ou a indivíduos indiciados.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ LOPES, 2009c, p. 102.

⁶⁵⁶ NUCCI, 2006, p. 93.

⁶⁵⁷ SAAD, 2004, p. 254.

Surgindo, então, indícios da autoria do fato delituoso, deve a autoridade policial fazer o indiciamento do investigado. Mas o indiciamento, até mesmo por questões gramaticais, requer contra o sujeito passivo da investigação preliminar um conjunto de indícios razoáveis, no sentido de que ele é o autor do fato a ser esclarecido.

Portanto, o indiciamento é a circunstância na qual o Delegado de Polícia atribui a um indivíduo a prática de um delito. A partir desse momento, conforme Tovo, haveria mudança da situação do investigado: “Entretanto, em certo momento da investigação, se ela for bem sucedida, a autoridade investigante adquire sua *opinio delicti*, passando o investigado a ser indiciado com seu natural direito de defesa”.⁶⁵⁸

Àquele que no início das investigações tratava-se somente de um suspeito, com o indiciamento torna-se o possível autor da infração penal. Essa situação somente se modificará caso comprove a sua inocência, ainda no curso do inquérito policial ou na futura ação penal. Desse modo, o ato de indiciar não é arbitrário, uma vez que contra quem surgiram indícios consistentes deverá ele ser indiciado, enquanto contra aquele que se tem elementos mínimos que apontem na direção da autoria deve permanecer como mero suspeito.⁶⁵⁹

O indiciamento não é, assim, ato automático e mecânico que deve acontecer contra todo e qualquer investigado. Para se indiciar, além de indícios suficientes de que o investigado praticou o delito, deve resultar também provada a existência do fato. Ou seja, não bastam elementos de autoria se não houver materialidade.⁶⁶⁰

É posicionamento pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o indiciamento pode ser obstado através de *habeas corpus*, desde que não existam elementos que o amparem, ou seja, quando se vislumbre de plano que o investigado é inocente. Mas é necessária a prova da inocência. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem reconhecido que não é cabível o indiciamento, já com o ação penal em curso, ou seja, depois da denúncia, uma vez que esse ato é próprio da etapa pré-processual inquisitorial e não mais é pertinente no curso do processo penal judicial.⁶⁶¹

Assim, não obstante seja o indiciamento um ato discricionário, é necessário existirem elementos concretos contra o sujeito passivo da etapa pré-processual. Do contrário, o ato

⁶⁵⁸ TOVO, 2008, p. 128.

⁶⁵⁹ SAAD, 2004, p. 254.

⁶⁶⁰ LOPES, 2009c, p. 103.

⁶⁶¹ SAAD, *op. cit.*, p. 257-8.

poderá ser considerado arbitrário e ser invalidado judicialmente.⁶⁶² Isso aponta no sentido de ser o indiciamento um ato que deve ser fundamentado pela autoridade policial, para que seja considerado legítimo.

Questão importante e não muito fácil de ser resolvida diz respeito ao momento em que o delegado de polícia deve indiciar o suspeito. Parece certo que isso só poderá acontecer quando e se a autoridade policial já houver apurado os elementos probatórios suficientes para fundamentar esse ato. Antes desse momento, temos um investigado e não um indiciado, como vulgarmente se diz na práxis investigatória no Brasil.⁶⁶³

O momento de se proceder ao indiciamento é aquele no qual, no curso da investigação criminal preliminar, apurou-se a probabilidade de ser a pessoa a autora do fato típico investigado, devendo se configurar em um ato de Polícia Judiciária. Mas isso não está claro na legislação, conforme Lopes Jr.⁶⁶⁴:

O momento e a forma do indiciamento deveriam estar disciplinados claramente no CPP, exigindo um ato formal da autoridade policial e a imediata oitiva do sujeito passivo, que, na qualidade de indiciado, está sujeito a cargas, mas também lhe assistem direitos. Entre eles, o principal é saber em que qualidade declara, evitando-se assim o grave inconveniente de comparecer como “testemunha” quando, na verdade, deveria fazê-lo na qualidade de suspeito que está na iminência de ser indiciado.

Como em regra o indiciamento só poderia acontecer depois de colhidas todas as provas legais possíveis de serem realizadas, circunstância que corriqueiramente ocorre ao final do inquérito policial, ou seja, no relatório. Também é importante determinar quando seria procedida a oitiva do investigado: antes ou depois do indiciamento. Pensamos que o adequado seria depois do indiciamento, uma vez que aí a imputação já seria concreta e certa.

⁶⁶² FELDENS; SCHMIDT, 2005a, p. 50-2. O autor refere que recentemente o Supremo Tribunal Federal, mudando seu entendimento anterior, decidiu pela possibilidade de controle jurisdicional do indiciamento. Cita o conteúdo da ementa: “EMENTA: [...] A QUESTÃO DO INDICIAMENTO, NECESSIDADE DE QUE EXISTAM, PARA EFETIVAÇÃO DESSE ATO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE DO FATO DELITUOSO. INOCORRÊNCIA, NO CASO, SEGUNDO O PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE TAIS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. PEDIDO DE INDICIAMENTO INDEFERIDO, CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA. JURISPRUDÊNCIA”.

⁶⁶³ SAAD, 2004, p. 259.

⁶⁶⁴ LOPES JR., 2003, p. 291-3. Nesse sentido o autor cita o art. 118, da LECrim, da Espanha, a qual indica, resumidamente: “*Toda pessoa a quem se impute um ato punível poderá exercitar o direito de defesa, atuando no procedimento, qualquer que seja este, desde que lhe comunique sua existência, tenha sido objeto de detenção ou de qualquer outra medida cautelar. A admissão de uma notícia-crime ou qualquer atuação polícia ou do Ministério Público, da qual resulte a imputação de um delito contra uma pessoa ou pessoas determinadas, será levada imediatamente ao seu conhecimento. Para exercitar o direito de defesa, a pessoa interessada deverá designar um defensor e, não o fazendo, deverá ser-lhe nomeado um, que o assistirá em todos os atos da instrução preliminar.*” Grifos do autor.

Mas na práxis processual verifica-se que é difícil superar o velho estigma da presunção de culpa do indivíduo. Aquele no qual apenas iniciou a investigação, ao invés de ser considerado mero suspeito ou investigado, já seja taxado como indiciado. No Projeto de Lei nº 4.209/01, inicialmente, no seu artigo 8.º, o legislador busca resolver esse problema:

Art. 8.º Reunidos elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1.º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.⁶⁶⁵

Fica evidente que o projeto buscou atenuar o lapso jurídico que havia na questão do indiciamento. Entretanto, embora no projeto o legislador tenha se preocupado em denominar a situação do sujeito passivo da investigação preliminar de investigado, resvalou no antigo termo logo no § 1.º, quando trata do interrogatório.

Talvez a ideia originária do legislador seja no sentido de que, como já houve o indiciamento formal, de acordo com o artigo 8.º, *caput*, a partir daí o até então investigado, já possa ser denominado de indiciado. No Projeto de Lei nº 156/09 do Senado Federal, a questão do indiciamento foi normatizada no artigo 31, conforme Lopes⁶⁶⁶:

O art. 31 do projeto trata do indiciamento, dizendo que poderá ocorrer já no auto de prisão em flagrante ou até no relatório final. Sugere-se que seja estabelecido que, caso a autoridade policial decida pela autuação em flagrante de alguém, o indiciamento se impõe, não se tratando de mera possibilidade. Da mesma maneira, se a autoridade policial representar pelas prisões preventiva ou temporária de algum investigado, o indiciamento também deverá ser obrigatório. Registre-se, ainda, que o projeto, com relação ao indiciamento e pessoas que possuem prerrogativa de função – situação que deveria ser regulamentada - também é omissivo.

De qualquer sorte, essa norma já propõe um avanço em relação à atual redação do Código de Processo Penal. Todavia o certo é que não há, mesmo no novo projeto, uma demarcação total e clara do momento a partir do qual o indivíduo passa da situação jurídica de investigado a indiciado. Isso gera prejuízo para defesa, uma vez que não se pode balizar exatamente o momento no qual passa a ter prerrogativas que lhe assiste o paradigma

⁶⁶⁵ LOPES JR., 2008, p. 289-90

⁶⁶⁶ LOPES, **Considerações sobre o projeto de Lei do Senado, n.º 156/09**, após debate em audiência pública do Senado Federal – Porto Alegre, 2009b. Disponibilizado pela Associação dos Delegados de Polícia – ASDEP/RS. E-mail: <contato@asdep.com.br>. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

constitucional de persecução criminal, por conta de assumir o investigado a condição de *acusado em geral*.⁶⁶⁷

Tal situação, como ocorre muitas vezes, faz com que na práxis da atividade de Polícia Judiciária, continue-se a ouvir o investigado na condição de testemunha. Isso é um atentado contra os direitos e garantias já assegurados no texto constitucional vigente. Viola, por exemplo, a prerrogativa do silêncio e de não se autoincriminar, bem como o direito de se defender, pessoalmente, e por meio de advogado da acusação que lhe é imputada – Art. 5.º, LV e LXIII, da CF/88.

Sobre o tema, Lopes Jr.⁶⁶⁸ disserta:

Por fim, sempre destacando a falta de uma regulamentação legislativa adequada, entendemos que o indiciamento dever ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa. Logo, é também uma garantia. Evita-se uma acusação de surpresa ou, o que é igualmente grave, comparecer perante a autoridade policial como “testemunha”, quando, na realidade, é o principal suspeito. Na prática, infelizmente, o indiciamento como ato em si mesmo não existe. Foi substituído pelo interrogatório e um formulário destinado a qualificar o sujeito. Uma lamentável degeneração.

A par de todas essas colocações, é necessário tentar delimitar um momento oportuno para o indiciamento, o qual, conforme já colocamos, seria ao final do relatório do inquérito policial, que se produzirá ao final do procedimento, conforme o Art. 10, § 1.º, do CPP.

Dessa forma, a fase do relatório será o momento em que a autoridade policial deverá ter elementos probatórios aceitáveis para se produzir ou não o indiciamento. A partir da conclusão do procedimento e, relatado o que decorreu como resultado das diligências efetuadas, o Delegado de Polícia concluirá pelo indiciamento ou não do investigado.

Concluindo pelo indiciamento do investigado, após o relatório, o Delegado de Polícia intimará o investigado para que seja comunicado de que passou à condição de indiciado naquela investigação. Isso deverá ser feito através de ato formal (termo de indiciamento), justamente para que passe a sujeito de direitos.⁶⁶⁹

Após o indiciamento, será, então, a pessoa ouvida, nessa nova condição, ou seja, de indiciado. Nesse momento será questionada sobre o que tem a dizer a respeito da imputação criminal que lhe foi efetivada, assegurando-lhe os direitos constitucionais previstos, como os

⁶⁶⁷ LOPES; PADILHA, 2009, p. 106.

⁶⁶⁸ LOPES JR., 2008, p. 294-5.

⁶⁶⁹ SAAD, 2004, p. 205.

relativos ao silêncio e de não produzir prova contra si, além da assistência de advogado, caso queira.

Todavia Lopes entende que o melhor momento para se realizar o indiciamento seria antes do interrogatório. Mas, como o próprio autor esclarece, em face da circunstância de que cada fato investigado e da própria dinâmica da investigação, não é possível estabelecer antecipadamente esse ato. O interrogatório poderá ocorrer no início, no meio ou na conclusão.⁶⁷⁰

Desse modo, ao balizarmos o interrogatório como marco do indiciamento, há o risco de fazer-se isso com base em elementos superficiais, os quais podem ser totalmente desacreditados no decorrer da investigação. Portanto reafirmamos o entendimento de que o relatório final da investigação seria o melhor momento para o indiciamento.

Outra questão não pacífica são os casos em que, há prisão cautelar durante o curso da investigação preliminar. Segundo Lopes Jr., havendo a medida cautelar, preventiva, temporária ou em flagrante, o procedimento de indiciamento deverá ser diferenciado. No caso de haver a decretação de qualquer cerceamento de liberdade cautelar, no inquérito policial, prisão em flagrante, temporária ou preventiva, o indiciamento dar-se-ia através da entrega da nota de culpa ao preso ou mandado de prisão ao preso.⁶⁷¹

Mas Lopes diverge desse posicionamento. No seu entendimento, o indiciamento deve ocorrer após a entrega desses documentos, mas como ato inicial do interrogatório formal do investigado. Não obstante a nota de culpa e o mandado de prisão serem os documentos pelos quais, de maneira formal, o investigado toma conhecimento do motivo da prisão, entendendo-se esse como o momento do indiciamento, não haveria justificativa para se sustentar a obrigatoriedade da presença de defesa no interrogatório.⁶⁷²

Ainda há outro aspecto relevante quando se fala em momento do indiciamento. Uma das funções do indiciamento – que na prática não se concretiza – seria de delimitar a duração da investigação. O Código de Processo Penal, no seu artigo 10, delimita os prazos para conclusão do inquérito policial em dez dias com *indiciado preso* e *trinta dias com indiciado solto*. Então tais prazos, no texto do código, contariam a partir do indiciamento. Por outro lado, não havendo indiciamento, não iniciaria a contagem do prazo para a conclusão da investigação.

Parece-nos que não existem maiores dúvidas na interpretação desse dispositivo legal. Mas considerando que não temos momento definido para o indiciamento, isso significa que,

⁶⁷⁰ LOPES, 2009c, p. 104-6.

⁶⁷¹ *Id.* JR., 2008, p. 291-2.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 104.

na prática, não se tem prazo para a conclusão da investigação no Brasil. Nesse sentido, quando trata do indiciamento, o artigo 42, da Portaria 164/07/GAB/CH, da Polícia Civil do Rio Grande do Sul, normatiza o seguinte:

Art. 42. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, determinará a autoridade policial o formal indiciamento do investigado, momento em que passarão a fluir os prazos legais para a remessa do procedimento policial à autoridade competente. Parágrafo único. O indiciamento será realizado por decisão fundamentada da autoridade policial contendo referência à comprovação da materialidade delitiva, os motivos do convencimento quanto a sua autoria e a tipificação atribuída ao fato.⁶⁷³

Assevera Choukr que, da forma como hoje existe, o indiciamento é inútil e perverso. Não serve para a defesa como momento em que o investigado passa a condição de indiciado e fará jus a toda tutela constitucional de garantias. Também não útil para a delimitação do início da contagem do tempo da investigação. Tudo isso pelo motivo de ser legalmente incerto e, na prática, efetivado sem a devida fundamentação. Por outro lado, serve como papel infamante do indiciado perante a sociedade, o qual fica estigmatizado como autor do fato.⁶⁷⁴

Embora, posteriormente, a autoridade policial possa tornar sem efeito o indiciamento, caso constate que o imputado é inocente, nem sempre isso significará a revisão da condenação social e da “pecha de criminoso” que adquiriu.⁶⁷⁵

Não obstante a busca dos operadores jurídicos de uma interpretação que amenize esses problemas do ato do indiciamento, com objetivo de resguardar a principiologia garantista da Constituição Federal, há que buscar, também, uma definição legal do assunto. De qualquer sorte, com previsão legal bem delimitada ou não, por todos os motivos levantados, não se pode admitir, sob o viés do paradigma constitucional de investigação criminal, o indiciamento do investigado sem a devida motivação e formalização.

⁶⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil, Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. **Boletim Regimental** 66/07 (PORT. N.º 164/07/GAB/CH/PC. Porto Alegre, 29 de out. 2007, p. 8-9. Sobre as implicações do indiciamento, a portaria diz: “Art. 43. O indiciamento implicará a adoção das seguintes medidas: I – cientificação do indiciado, sempre que possível; II – juntada aos autos das informações sobre a vida pregressa do indiciado; III – juntada da folha de antecedentes; IV – preenchimento do Boletim de Características Individuais – BCI; V - preenchimento do Boletim Individual para fins Estatísticos – BIFE; VI – juntada do Auto de Qualificação Indireta, quando não encontrado o autor da infração; VII – identificação criminal conforme os casos previstos em lei”.

⁶⁷⁴ CHOUKR, 2001, p. 217-9.

⁶⁷⁵ LOPES, 2009c, p. 105-6.

3.3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DOS MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Com a discussão proposta neste trabalho, busca-se vislumbrar um sistema que seja o mais próximo do ideal, em termos de investigação preliminar. Temos em vigor hoje os três sistemas estudados, podendo o Estado desenvolver a investigação preliminar com qualquer deles, ou seja, por meio da Polícia Judiciária, do Juiz Instrutor e do Promotor-investigador, conforme a opção do legislador.

Os três modelos possuem vantagens e desvantagens, sendo que a busca do melhor sistema que se adapte às necessidades do país passa, obrigatoriamente, pela avaliação das virtudes e defeitos que cada um deles apresenta.

O **modelo de investigação preliminar judicial**, como se viu, ainda é utilizado em alguns países. Nele, o Juiz de Instrução é presidente das investigações preliminares, sendo que se utiliza para efetuar as diligências investigatórias da Polícia Judiciária, a qual lhe é subordinada e dependente sob o prisma funcional.

São apontadas como vantagens do sistema judicial de investigação preliminar:

- a) a teórica independência e imparcialidade do Juiz de Instrução neutralizaria a utilização da investigação preliminar como meio de retaliações políticas, orquestradas pelo poder Executivo. Também seria positiva a circunstância do Juiz Instrutor não ser parte;
- b) em tese, a investigação apresentaria melhor qualidade, no sentido da credibilidade dos elementos colhidos, tendo em vista a intervenção judicial. Isso acarretaria uma melhor efetividade do conjunto probatório. Desse modo, a prova serviria tanto para acusação, como para a defesa, uma vez que o órgão que a produziu não estaria comprometido com nenhuma das partes, e sim apurar o que realmente ocorreu, independentemente de quem beneficiasse;⁶⁷⁶
- c) teoricamente, haveria a garantia de que o Juiz que instrui não seria o mesmo a julgar. Além disso, o próprio Juiz Instrutor poderia decretar as eventuais medidas cautelares necessárias – prisões, buscas, etc. - circunstância que daria maior celeridade à investigação do fato.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ LOPES JR., 2008, p. 226.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

Podemos elencar como defeitos desse sistema os seguintes:

- a) a concentração em uma pessoa sobre da faculdade de iniciar a investigação e de analisar a adequação legal dos atos que presidiu;
- b) o Juizado de Instrução seria um modelo ultrapassado, uma vez que se assenta sobre o histórico e temível arquétipo do Juiz inquisidor, o qual pode, de ofício, proceder à busca da prova.⁶⁷⁸ Portanto, essa função/poder investigatório do Juiz não se amolda ao princípio acusatório de separação de tarefas entre acusação, defesa e julgamento;⁶⁷⁹
- c) nesse modelo, nenhum dos atores fará a função de garantidor dos direitos fundamentais do investigado – liberdade, intimidade - devido processo e a outros de caráter subsidiário indireto, como a propriedade privada;⁶⁸⁰
- d) o modelo cria uma estranha situação em que o Juiz investiga para o Ministério Público proceder à acusação, o que constitui verdadeira inversão de papéis, segundo o modelo acusatório;⁶⁸¹
- e) a investigação judicial quebra o equilíbrio das partes no processo, uma vez que, de um lado, fica o investigado/acusado e, contra ele, o Juiz de Instrução, a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Resta, então, violado o princípio da efetiva paridade de armas, uma vez que o Juiz não desempenha seu papel de mediador e ponto de equilíbrio – igualdade –, entre as partes;⁶⁸²
- f) como a investigação é presidida por um Magistrado, teoricamente as provas terão maior credibilidade. Isso leva a conversão da investigação preliminar a uma fase geradora de provas, circunstância que é inadmissível, tendo em vista o caráter inquisitório dessa fase. Além disso, quando o Juiz investiga, isso compromete a sua imparcialidade de forma irremediável;
- g) constata-se que, como ocorre na França, na prática, quem conduz a investigação preliminar não é o Juiz de Instrução, mas sim a Polícia Judiciária. Ainda, a investigação judicial, ao contrário do que posse se pensar, conserva o mesmo caráter inquisitivo e secreto de outros modelos. Nesse sentido, na França, por

⁶⁷⁸ SÁNCHEZ, 2001, p. 201.

⁶⁷⁹ PRADO, 2006, p. 137.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ, Ivan Alfonso Cancino. El juez con función de garantías. Acto Legislativo 03 de 2003. In: **Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica**. Antonio José Cancino (compilador). Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963-2003. Bogotá – Colombia. Universidad Esternado de Colombia, 2003, p. 317-323.

⁶⁸¹ LOPES JR., 2008, p. 227.

⁶⁸² PRADO, *op. cit.*, p. 137-138.

exemplo, verifica-se que a defesa tem escassas possibilidades de participação na investigação preliminar;⁶⁸³

- h) como na fase judicial, propriamente dita, teremos a ratificação daquilo que foi produzido na fase preliminar, em segredo e sem contraditório, haverá desvirtuamento da finalidade da investigação preliminar. Ela não terá a função de esclarecer o fato, numa escala de probabilidade, para justificar a ação ou não ação penal, mas servirá para fundamentar a sentença condenatória;⁶⁸⁴

A **investigação preliminar sob a presidência do Ministério Público**, adotada na Alemanha, na Itália, e em Portugal, por exemplo, substituiu o modelo do Juizado de Instrução. Nesse paradigma de investigação preliminar, o membro do Ministério Público é o presidente do procedimento pré-processual, recebendo diretamente a notícia-crime ou por meio da polícia, sendo que, a partir daí, investiga os fatos noticiados.⁶⁸⁵

Pode-se apontar como vantagens desse modelo as seguintes:

- a) modelo aproxima-se da visão dialética do Processo Penal, embora persistam o caráter sigiloso e a limitação do contraditório, os quais dificilmente são superáveis, quando se trata de investigação pré-processual;⁶⁸⁶
- b) quem acusa deve preparar a sua ação. Ou seja, como o Ministério Público é o acusador oficial, deveria ele, também, comandar a investigação, uma vez que melhor acusa quem investiga ou comanda a fase preliminar. Então a legitimação do Ministério Público como acusador traria como lógica inafastável o poder de conduzir a investigação;
- c) existe uma garantia de que o Juiz não será parte no processo, uma vez que ficará afastado da investigação preliminar. Essa circunstância reforçará a situação do Juiz como garantidor dos direitos do acusado. É assim que ocorre na Itália e na Alemanha, onde o Ministério Público dirige a investigação e a atuação da polícia, e o juiz decide sobre a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais;⁶⁸⁷
- d) Ministério Público possui garantias constitucionais típicas de Poder de Estado, os quais a polícia não possui. Elas, na prática, tornam-no mais independente e, possivelmente, mais imparcial;

⁶⁸³ LOPES, 2009c, p. 56-57.

⁶⁸⁴ *Id.* JR., 2008, p. 227.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 228.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 229.

⁶⁸⁷ VALLEJO, 2003, p. 134-5.

- e) com isso, em tese, estará verdadeiramente comprometido em esclarecer o fato e autoria e não procurar simplesmente culpados. No caso específico do Brasil, essa desvinculação do Poder Executivo trazida pela Constituição de 1988, em tese, colocou o Ministério Público a salvo de interferências políticas nas suas ações;⁶⁸⁸
- f) um argumento de ordem prática seria, no caso do Brasil, a reclamada falta de efetividade da investigação policial. Então essa inércia da Polícia Judiciária, em determinadas situações, que poderia afetar a segurança jurídica e a possibilidade do Ministério Público exercer a ação penal, autorizariam o *parquet* a realizar a sua própria investigação.

Têm-se como inconvenientes à investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público:

- a) no caso do Brasil, não haveria previsão constitucional e legal para o Ministério Público investigar. Como a investigação abre a possibilidade de violação dos direitos fundamentais do indivíduo, é necessário que seus parâmetros de legalidade estejam sempre bem delimitados;⁶⁸⁹

Por conta disso, alguém procede à fiscalização externa do órgão expressamente autorizado a investigar - a Polícia Judiciária - sendo essa a função constitucional e legal do Ministério Público.⁶⁹⁰ Então se conclui o seguinte: se o legislador disse expressamente que o Ministério Público fiscaliza a atividade investigatória da Polícia Judiciária, não pode ele investigar: do contrário, o princípio do controle – que intrínseco do modelo republicano - restaria violado.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Refere-se que na Alemanha, embora desde 1975 tenha o Ministério Público a titularidade da investigação preliminar, ficou ele dependente ao Poder Executivo, motivo pelo qual vem amargando um forte descrédito junto à opinião pública, em razão da interferência governamental em sua atividade investigadora, sempre que o fato investigado envolva algum personagem do mundo político e econômico”. Isso gerou uma grave crise no sistema de investigação alemão, levando até a abertura de uma Comissão Parlamentar de inquérito para apuração dessa relação de “convivência entre o Ministério Público e os membros do Governo”. No caso da Itália, de acordo com o autor, onde o Ministério Público tem independência em relação ao Executivo, o problema da influência política também ocorre. Mas na Itália isso ocorre pelo “exercício abusivo dos poderes de independência no qual os membros do Ministério Público utilizam a independência como uma espécie de escudo contra qualquer controle interno. Desse modo, a independência não impede a “continuidade de motivações políticas no seu agir”. Ao contrário, até incentiva esse comportamento.

⁶⁸⁹ PRADO, 2006, 133.

⁶⁹⁰ SAAD, 2004, p. 191-2. Nas palavras da autora: “Pior ainda, exercerá o Ministério Público um poder incontrolável, eis que quem exerce, atualmente, o controle externo da atividade policial é o próprio Ministério Público.

⁶⁹¹ PRADO, *op. cit.*, p. 132-5. Ainda, segundo o autor, “O distanciamento que a Constituição da República de 1988 impôs ao Ministério Público é coerente com sua função de fiscal das atividades de polícia judiciária, criando estrutura confiável de controle dirigida à redução de abusos. Quando o Ministério Público abdica disso, retoma ao passado, fundindo funções, pois a questão não está no nome da instituição que investiga, mas na função que as instituições exercem. Quem investiga exerce função de polícia judiciária. Pode ser o juiz, como no passado brasileiro; poderá vir a ser o Ministério Público, como alguns doutrinadores pretendem. Não importa, porque se houver investigação será necessário criar estruturas de controle dessa investigação e não fará sentido pensar em um outro Ministério Público do Ministério Público”.

- b) sob o ponto de vista histórico, o modelo de promotor investigador está ligado a uma visão utilitarista da justiça, o qual visa ao combate do crime por quaisquer meios, inclusive abusivos. Isso foi o que ocorreu na Alemanha e na Itália, respectivamente, em relação ao combate ao terrorismo e à máfia. No caso da Itália, a ideia inicial de supremacia da lei acabou se tornando o domínio do Ministério Público. Não se viu só eficácia, mas muito abuso de autoridade, arrogância, sensacionalismo e perseguição política;⁶⁹²
- c) com a transferência do papel de inquisidor do Juiz para o promotor, este passa a ser o temido. Desse modo, preserva-se a depreciável situação inquisitorial, apenas mudando quem irá exercer o temível papel;
- d) o Ministério Público é a parte acusadora do processo, sendo esse, inegavelmente, o seu papel. Prova disso é que nos países em que existe Ministério Público, este opera como acusador no processo penal.

Portanto, a alegada imparcialidade do Ministério Público trata de inconsistente elaboração técnico-jurídica, uma vez que é ilógico que uma parte processual, que é encarregada de acusar, possa ser realmente imparcial. O promotor, logicamente, irá direcionar a investigação preliminar contra o investigado, buscando preparar a prova da forma que melhor beneficie a tese acusatória, que, futuramente, irá sustentar no processo e prejudicar a versão do investigado.⁶⁹³

Tendo em vista ser insustentável essa alegada imparcialidade, com o promotor à frente da investigação, ocorrerá fatalmente uma desigualdade processual entre as futuras partes.

- e) conferir legalmente ao Ministério Público a condução da investigação preliminar não significará que ele realmente irá proceder diretamente. Na verdade, constatou-se que nos países em que normativamente o promotor passou a conduzir a investigação, na prática, quem a realiza é a Polícia Judiciária, como, por exemplo, no caso da Alemanha. Na prática, o Ministério Público apenas efetua uma revisão formal, a posteriori, na investigação levada a cabo pela Polícia Judiciária.⁶⁹⁴

Desse modo, o Ministério Público continuará a depender da Polícia Judiciária e a sofrer com as suas supostas mazelas. Isso resultaria em mais um problema: tornaria o procedimento híbrido, circunstância que geraria confusão e, possivelmente, levaria a ainda mais ineficácia investigatória do que temos hoje.⁶⁹⁵

⁶⁹² LOPES JR., 2008, p. 230-1.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 231-2.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 233.

⁶⁹⁵ SAAD, 2004, p. 190-3.

- f) a acumulação de funções dentro do processo, que ocorre quando o Ministério Público se torna o responsável pela investigação, não é a que se melhor amolda ao modelo democrático e ao processo acusatório. A divisão de funções – de investigar, acusar e julgar - entre órgãos diferentes possibilita um maior equilíbrio de poder e melhor se assenta ao sistema de freios e contrapesos, propostos pelo modelo constitucional vigente no Brasil.⁶⁹⁶

A investigação preliminar levada a cabo pelo Ministério Público – investigar e acusar - não é a mais indicada quando se quer implementar um modelo processual acusatório.⁶⁹⁷ Desse modo, a adoção desse modelo, na prática, pode significar apenas uma questão formal e de detenção e de exercício de poder, e, irrelevante, em termos de solução para as alegadas mazelas da nossa investigação policial.

Finalmente, temos **o modelo de investigação preliminar policial**. É o sistema adotado pelo Brasil – além da Inglaterra e dos Estados Unidos - no qual se dota a Polícia Judiciária da atribuição de investigar os fatos delituosos e apontar a materialidade e indícios de autoria.

Nesse modelo, a Polícia Judiciária conduz diretamente a investigação preliminar, como órgão legalmente encarregado. Ou seja, a autoridade policial – Delegado de Polícia, no caso brasileiro - atua como legítima titular da apuração preliminar do delito.

Apontam-se como vantagens da titularidade da investigação preliminar pela Polícia Judiciária as seguintes:

- a) o paradigma constitucional de investigação criminal, previsto na Constituição Federal de 1988, confere à Polícia Judiciária o papel de titular da investigação criminal no Brasil. Do mesmo modo, todas as legislações – Código de Processo Penal e leis esparsas - que tratam de investigação criminal, reiteram o poder-dever de a Polícia Judiciária apurar os delitos.

Não se pode negligenciar o fato de que se, em relação a outras instituições, há vedação constitucional e legal de investigar diretamente – ou pelo menos controversia sobre esse fato. Isso não ocorre com a Polícia Judiciária, uma vez que essa instituição teve o seu papel de titular da investigação conferido minuciosamente no artigo 144 da Constituição Federal, sendo esse um fato inegável.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ PRADO, 2006, p. 132-3.

⁶⁹⁷ SAAD, 2004, p. 192-3.

⁶⁹⁸ BITENCOURT, 2008, p. 263-7.

- b) a existência da polícia em todos os lugares, sendo uma instituição com presença física mais constante, tanto em locais ermos, como naqueles densamente povoados. A polícia é mais presente fisicamente que o Judiciário e o Ministério Público, principalmente em países com grandes dimensões territoriais, como o Brasil.

Foi esse o argumento utilizado para a manutenção do Inquérito Policial na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal em vigor. Nesse mesmo sentido, aponta-se a proximidade institucional da polícia da sociedade – maior acessibilidade - circunstância que lhe confere mais agilidade na investigação.⁶⁹⁹

- c) no Brasil, dos Delegados de Polícia Civil – carreira prevista na Constituição Federal - que são os dirigentes da Polícia Judiciária responsável pela investigação, para ingresso na carreira é exigida a mesma formação superior em Direito, da que os juízes e os promotores têm.

O delegado tem de ter a mesma formação jurídica – e, em tese, a mesma capacidade técnica daqueles - circunstância que diferencia positivamente o nosso sistema de outros estudados, nos quais a Polícia Judiciária conduz diretamente a investigação preliminar.

Esse elemento específico do nosso modelo esvazia ou mitiga o argumento de que pela formação jurídica dos juízes e promotores, por si só, geraria uma melhor qualidade da investigação criminal.

Como os delegados, juízes e promotores têm a mesma formação, em tese teriam a mesma desenvoltura técnico-jurídica na condução da fase preliminar. Desse modo, em teoria, intelectualmente estariam nas mesmas condições. Só se poderia negar isso adotando-se a tese absurda de que os diplomas dos promotores e dos juízes têm mais valor do que os dos delegados.

- d) o modelo policial – no Brasil – é mais barato, uma vez que os juízes e os promotores são muito melhor remunerados que os Delegados de Polícia – o policial em geral. Além disso, a polícia já está acostumada a trabalhar em péssimas condições e de forma desestruturada – regime de economia forçada - circunstância que dificilmente os Juízes e os Promotores se submeteriam ou se adaptariam.

- e) sob o ponto de vista do governo, é mais vantajosa a investigação policial, uma vez que o Poder Executivo pode usar de total discricionariedade sobre a efetividade ou não desse serviço público, sem precisar dar satisfações ao cidadão, ficando a questão na seara da discricionariedade política;

⁶⁹⁹ LOPES JR., 2008, p. 220.

- f) a atividade de investigação criminal, inegavelmente, atinge os direitos e garantias do cidadão – privacidade, por exemplo - motivo pelo qual deve ser fiscalizada e controlada.

Nos modelos de investigação policial, como o brasileiro, há um sistema legal e constitucional de regulação e controle externo da atividade investigatória, sendo esse último a cargo do Ministério Público. Ou seja, na atualidade, em tese, há maior possibilidade e efetividade no controle da investigação se ela estiver a cargo a Polícia Judiciária.⁷⁰⁰

- g) a Polícia Judiciária tem tradição no exercício da função investigatória em todos os lugares onde atua. Vimos que, mesmo nos países em que não detêm a condução da investigação preliminar, desempenha essa função, na prática, como se fosse a titular.

Na Espanha, afirma-se que o Ministério Público não assume a titularidade da investigação criminal, pela sua falta de estrutura, motivo pelo qual persiste o Juizado de Instrução, que, na prática, delega a investigação à Polícia Judiciária.

Assim, em lugar algum do mundo existe investigação criminal sem a Polícia Judiciária. No sistema norte-americano, por exemplo, tradicionalmente a investigação sempre foi e ainda é uma atribuição da polícia.⁷⁰¹

No Brasil, por tradição, a ideia de investigação criminal sempre esteve associada à Polícia Judiciária. Mesmo os defensores da investigação ministerial reconhecem que, embora modificado o sistema, continuaria havendo a investigação da Polícia Judiciária por meio do inquérito e as delegacias de polícia não se esvaziariam.

Isso ocorreria por tradição da investigação policial, ou por falta de estrutura do Ministério Público, por exemplo, ou por ambos motivos. Desse modo, direta ou indiretamente, a investigação continuaria sofrendo com as supostas mazelas da Polícia Judiciária.

São desvantagens do sistema policial as seguintes:

- a) a polícia é a instituição que mais representa fisicamente o sistema de controle penal.

Na prática, possui uma grande discricionariedade no exercício prático de sua função, que resulta em uma atuação seletiva na persecução penal;⁷⁰²

Há muito tempo a criminologia crítica já demonstrou que a polícia - como parte do sistema penal – ajuda a selecionar determinados crimes, pessoas ou grupos sociais para

⁷⁰⁰ PRADO, 2006, p. 133.

⁷⁰¹ RAMOS, 2006, p. 178.

⁷⁰² LOPES JR., 2008, p. 221.

criminalizar.⁷⁰³ Assim, as agências criminais – mormente a polícia – são levadas a atuar de maneira mais intensa contra os opositores do *status quo*, conforme as conveniências do meio social – políticas, ideológicas, mas principalmente econômicas.⁷⁰⁴

Desse modo, seria um poder a mais e impróprio ela conduzir diretamente a investigação, circunstância que seria um *plus* na sua capacidade seletiva. A polícia deve ser auxiliar do órgão encarregado da investigação, estando estritamente sob o seu controle. Assim, diminui-se o seu poder discricionário real de selecionar fatos ou pessoas mais estigmatizados socialmente.⁷⁰⁵

- b) o fato de estar diretamente ligada ao Poder Executivo torna a polícia muito mais suscetível à influência política – atuar conforme as exigências e conveniências eleitoreiras do governante do momento. Assim temos aquela situação corriqueira de uma polícia de governo e não de Estado;

Mesmo que não seja tão fácil remover ou afastar um Delegado de Polícia renitente ao jugo do poder político, existem outras possibilidades de manipulação política da fase preliminar. Sempre resta a possibilidade de o chefe de polícia, Secretário de Segurança ou mesmo o Chefe do Executivo, avocar determinada investigação e repassá-la a outro delegado que será suscetível às orientações das chefias.

- c) no Brasil, a eficácia da investigação policial, por meio do inquérito policial, é criticada desde o Império, havendo sempre defensores da sua substituição pelo Juizado de Instrução, por exemplo. As críticas são pela morosidade na apuração dos delitos, diante da exigência da repetição de provas no Judiciário, mormente a testemunhal, o que se torna também oneroso;⁷⁰⁶

É criticado o seu caráter inquisitorial, uma vez que dificulta a defesa do investigado. Tendo em vista o descaso e abandono das instituições encarregadas da investigação, temos como resultado uma apuração incompleta dos fatos. A *persecutio criminis* traduz-se, em regra, na

⁷⁰³ BATISTA, 2002, p. 17-23. O autor discute a questão do Direito como meio de controle social e manutenção da ordem estabelecida na sociedade. Importante trazer a lição do autor: “Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro *inventa* para depois *combater* o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao *crime acontecido e registrado*? [...] a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função “conservadora” ou “controle social”. O controle social, como assinala Lola Aniyar de Castro, “não passa de predisposição de táticas estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”.

⁷⁰⁴ BARATTA, 2002, p. 159-67.

⁷⁰⁵ LOPES JR., 2008, p. 221.

⁷⁰⁶ SAAD, 2004, p. 187-95. A autora pondera, entretanto, que todos esses supostos defeitos do inquérito policial ocorrem também nos outros modelos de investigação preliminar. No caso da inquisitorialidade, ela é visível também no Juizado de Instrução ou investigação ministerial, em alguns casos até pior. Entende ela que o inquérito é um modelo válido, apenas necessitando de uma modelagem. Também se deve investir mais na polícia, a qual deve ser regida por Estatutos especiais.

colheita de depoimentos. Ainda, critica-se a nossa atual investigação por ser inábil na apuração dos crimes mais graves e dos denominados “crimes do colarinho branco” – tráfico, lavagem de dinheiro -⁷⁰⁷ uma vez que utiliza ainda a força bruta e das armas, em detrimento da inteligência.⁷⁰⁸

- d) a polícia seria mais suscetível à pressão midiática. Assim estaria sujeita a ser utilizada para perseguições políticas, bem como para cometer erros e injustiças na investigação, devido à pressão dos meios de comunicação para resolver rapidamente o caso;⁷⁰⁹
- e) o fato de os agentes policiais apresentarem, segundo alguns, um precário nível cultural e econômico, também tornaria o policial mais vulnerável às pressões sociais.⁷¹⁰

Esses componentes favorecem um endurecimento no atuar dos policiais, levando a uma conduta agressiva em relação aos direitos humanos, principalmente os do investigado.⁷¹¹

O resultado desses fatores leva a um julgamento negativo em relação à forma de atuar dos agentes policiais quanto à eficiência, índices de corrupção nas corporações, condutas abusivas e violação dos Direitos Humanos.⁷¹²

Nesse contexto, foram estudados os sistemas de investigação preliminar em outros países, bem como o nosso paradigma constitucional de investigação criminal, apontando-se suas vantagens e desvantagens. A partir dessa análise, no próximo capítulo, tratar-se-á das críticas e perspectivas do modelo adotado pelo Brasil.

Com esse objetivo, faremos breve análise da nossa política criminal em relação à segurança pública e à investigação preliminar criminal. Nesse sentido, serão estudados alguns

⁷⁰⁷ CASTRO, 1983, p. 77-8. A autora apresenta a seguinte definição e características do crime do “colarinho branco”: “Podemos definir o crime de “colarinho branco”, como aquele que é cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social, no exercício da sua ocupação. Este conceito opõe-se ao de todos os demais crimes, denominados *crimes convencionais*; nestes últimos, geralmente é a vítima que possui maior *status* socioeconômico do que o delinquente, a não ser que o de ambos seja igualmente baixos. Além disso, por definição, temos que este delito deve ser cometido no exercício da atividade econômica, empresarial, da pessoa. Quer dizer que nem todo delito cometido por pessoa de alto *status* é crime de “colarinho branco”. Não basta a condição socioeconômica, é necessário que a atividade delituosa tenha sido realizada em razão da profissão e ocupação que se exerce – segundo a definição de Sutherland”.

⁷⁰⁸ GIACOMOLLI, 2006, p. 296-7.

⁷⁰⁹ LOPES JR., 2008, p. 221-2.

⁷¹⁰ Observa-se que no Estado do Rio Grande do Sul todos os cargos das carreiras policiais, hoje, exigem nível superior – para os agentes qualquer curso superior -, sendo que para o cargo de Delegado de Polícia o curso de Direito, conforme informação ACADEPOL – Academia da Polícia Civil.

⁷¹¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 222. A respeito desse tópico, o autor faz a seguinte consideração: “Aqui uma importante advertência: felizmente a renovação dos quadros policiais através de concursos públicos com elevado nível de exigência, bem como o pré-requisito de possuir curso superior (Direito), tem contribuído, decisivamente, para uma radical mudança e evolução da polícia brasileira. Logo, a crítica do baixo nível cultural deve ser circunscrita ao tradicional modelo de polícia que está em abandono”.

⁷¹² SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança tem saída**. Rio de Janeiro: Sextante, 2006, p. 115-120 e 138-149.

dados da Polícia Civil do Rio Grande do Sul, que é a instituição responsável pela investigação criminal neste Estado federado, em relação aos crimes comuns. Ao final do capítulo, abordaremos as perspectivas de humanização de investigação criminal no Brasil.

4 CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POLICIAL

4.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E POLÍTICA CRIMINAL: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Em um cenário de exclusão social e globalização econômica uniformizadora das atividades rentáveis e exterminadora de toda a fraca competência material, o crescimento da violência social é uma consequência lógica, mormente no nosso continente e, particularmente, no Brasil.⁷¹³

Conforme acentua Azevedo⁷¹⁴, é evidente que se trata de um equívoco a visão de retratar a violência e a criminalidade como uma questão somente penal:

Tratar a violência e a criminalidade exclusivamente com leis penais, como questão exclusivamente penal, é não considerar, outrossim, as tensões e frustrações produzidas pelas fantásticas desigualdades sociais e as enormes demandas públicas por consumo, saúde, educação, trabalho, moradia e educação em nosso país.

⁷¹³ BRASIL. **Ministério da Justiça. Fórum Brasileiro de Segurança Pública.** Ministério da justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública apresentam pesquisas sobre exposição de jovens à violência. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 26 nov. 2009, p. 6. Conforme a reportagem, a qual apresenta dados de pesquisa feita pelo Ibope, sobre as principais preocupações dos porto-alegrenses, 68% dos entrevistados apontaram a segurança pública como a maior preocupação. Como alternativas para melhorar a segurança, a primeira medida seria combater a corrupção na polícia, 23%; aumentar o número de policiais, 13%; e pagar melhores salários aos policiais, 13%. Também sobre a violência no país o Jornal Zero Hora. **Brasil tem 11% dos assassinatos do mundo.** Edição publicada no dia 29.04.04, Porto Alegre, 2004, p. 41. Segundo notícia veiculada nesse órgão de imprensa, de acordo com levantamento da ONU, em 2002, o Brasil teve 40 mil pessoas assassinadas. O número de vítimas em 2002, no Brasil, é maior do que os mortos na Guerra do Iraque. O Brasil, segundo esses levantamentos da ONU, tinha 11% dos assassinatos do mundo e gastava 70 bilhões anuais com segurança privada, consumindo 10% do PIB do país e 8% da riqueza produzida no Estado do Rio de Janeiro. No mesmo sentido, BRASIL. Ministério da Justiça. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Acesso em: 26 nov. 2009. O estudo coordenado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostra que “a cada mil jovens brasileiros, cinco morrerão assassinados antes dos 24 anos. Na faixa de 12 a 18 anos, a estimativa é que 2,38 jovens morram antes de completarem 18 anos. Entre jovens adultos, de 25 a 29 anos, a expectativa de morte é de 3,73 jovens entre mil. [...]. Em municípios com índice de vulnerabilidade juvenil muito alto (acima de 0,5), a taxa de mortalidade por homicídio chega a 11 jovens de 19 a 24 anos por mil. O perfil do jovem mais exposto à violência é o mesmo encontrado em outras pesquisas do tipo: jovem, homem, negro. O estudo revela, ainda, que os municípios que menos investem em segurança pública são aqueles onde os jovens estão mais expostos à violência. Naqueles onde o IVJ é muito alto, o gasto com segurança pública, em 2006, foi de R\$ 3.764 por mil habitantes, enquanto nas cidades com IVJ baixo a aplicação foi de R\$ 14.450 por mil habitantes.” Esse estudo demonstra que a situação da violência e criminalidade continua muito grave no país.

⁷¹⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de; TUPINAMBÁ, Pinto de. Política criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. *In: política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do departamento de direito penal e processo penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

Mas a ideia repressiva cresce na mesma proporção que essa visão, vindo acompanhada da proposta de se apelar para qualquer recurso e trazendo projetos piores que os do velho arsenal positivista etiológico. Segundo Elbert, ao discorrer sobre os projetos da Política Criminal da América Latina no fim do século passado, a radicalização pode chegar, caso seja necessário, conforme pensam alguns, à engenharia medieval inquisitória.⁷¹⁵

Acontece que tais “remédios”, no mínimo questionáveis, normalmente dirigem-se à criminalidade de rua. No entanto, interessa pontuar que, no fim do século passado e início do atual surgiram novas formas de delinquência, as quais forçaram o surgimento de mudanças, em termos de políticas criminais.⁷¹⁶

Nos últimos vinte anos do século XX, houve o surgimento de novas formas de ataque a bens jurídicos essenciais, circunstância que vem ocorrendo com uma eficiência inédita.⁷¹⁷ Por outro lado, tivemos as transformações sociais do pós-guerra, perante as quais não foi possível ao Direito Criminal manter-se estagnado.

As revelações da sociologia moderna, especialmente por Durkheim, Luhmann e Habermas, bem como pela sociedade de risco de Ulrich Beck, trouxeram grandes influências em novas teorias penais, as quais buscam soluções para as questões da pós-modernidade.⁷¹⁸

Nesse sentido, Elbert⁷¹⁹ faz uma enumeração dessas novas espécies de agressões. Por outro lado, também traz a advertência para o aumento da ocorrência de atividades delitivas que haviam desaparecido ou que estavam controladas:

⁷¹⁵ ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia latino-americana: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio**. Traduzido por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002. v. 2, p. 324.

⁷¹⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 164. De acordo com o autor, em termos de política criminal: “Uma terceira fase é mencionada, que se inicia em 1975, marcada por orientações preventivas, agora como ponto central a prevenção geral, com os seguintes aspectos: a) mudança do centro de gravidade do conceito material do delito para a prevenção geral assegurativa, como o objeto de novos tipos penais como delitos econômicos, contra o meio ambiente, a responsabilidade pelo produto, tecnologia genética, tráfico de drogas, criminalidade organizada, etc., isto é, bens jurídicos difusos. Este foco é o ponto central da discussão da política criminal; b) teoria dos fins da pena onde prevalece a prevenção geral, com o desvio de atenção do autor individual, para voltar ao sistema social, no seu conjunto, com base nas teorias sistêmicas sociais, como por exemplo Luhmann; c) diminuição dos direitos dos acusados, em especial no processo penal, quando se permitem as interceptações telefônicas, em maior número, propugnando-se pela vigilância óptica dos espaços residenciais e há um aumento da intervenção policial, com um controle cada vez maior (Roxin, *La evolución* [...], p. 25-30)”.

⁷¹⁷ DELMAS-MARTY, 2004, p. 7. Segundo a autora após a “Explosão das categorias penais o postulado clássico da unidade e da homogeneidade do direito penal está evidentemente ultrapassado, mesmo como simples ficção, visto que as variações são por demais visíveis para que se mantenha a ilusão e a aparente fidelidade do direito francês de divisão tripartite. A divisão em crime, delitos e contravenções não é mais suficiente para mascarar a explosão das categorias de fundo e de procedimento”.

⁷¹⁸ CAMARGO, *op. cit.*, p. 52.

⁷¹⁹ ELBERT, *op. cit.*, p. 325-6.

[...] as fraudes de informática; pirataria de *software*; saques e sabotagens na informática; “clonagem” de automóveis, cartões de crédito e telefones celulares; ódio racial e pornografia cibernética; invasão de máfias internacionais em negócios do crime organizado (russa, chinesa, coreana, etc.); exploração sexual infantil; usurpação de terras em território de países fronteiriços por nacionais de países vizinhos; falsificação de medicamentos; contrabando arqueológico, paleontológico, histórico, de espécimes vivas exóticas, etc.; tráfico e venda de entorpecentes; lavagem de dinheiro proveniente de atividades ilícitas. Por outra parte, adverte-se para um espetacular incremento de atividades que por muito tempo ou havia desaparecido ou se mantinham em um intensidade controlável: evasão impositiva; contrabando; terrorismo internacional; falsificação – com modernas tecnologias – de toda a classe de documentos (de identidade, diplomas, certificados oficiais, etc); corrupção em organismos oficiais e privados; sequestros extorsivos, com sua variante pobre: o chamado “sequestro relâmpago” ou “de fome”, por montantes menores; incrementos dos acidentes por infrações de trânsito; tráfico humano (imigração ilegal e prostituição); tráfico de armas para fins delitivos; delitos contra turistas; saques em ocasiões de distúrbios; delitos de violência desportiva individuais e em massa; crimes políticos; reaparição da pirataria fluvial e marítima (especialmente no norte do Brasil); tráfico internacional de automóveis roubados.

No entanto, verifica-se que não há muito interesse da mídia em relação às novas formas de criminalidade. Persiste uma preocupação quase que exclusivamente com crimes contra o patrimônio, crimes contra a liberdade sexual. Essas condutas são praticadas individualmente ou por grupos pequenos, inexperientes, via de regra, sem utilização de meios técnicos.⁷²⁰

Por outro lado, constata-se que, para enfrentar um problema de tal complexidade e agressividade, em matéria de política criminal, não surgem alternativas criativas quanto aos métodos de controle já praticados. Em regra, mormente nos momentos de crise, apela-se para o repertório já conhecido.⁷²¹

Desse modo, verifica-se que tais medidas são, normalmente, casuístas e adotadas em caráter de urgência. São sancionadas mediante decretos de emergência ou leis de provada

⁷²⁰ SILVA, Jorge da. **Segurança pública e polícia**: criminologia crítica aplicada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 533. Em relação ao papel ocupado pela mídia na sensação de (in)segurança no Brasil, o autor afirma: “[...] Com relação a este ponto, é mister assinalar que a exacerbação da *insegurança* costuma estar associada à grande luminosidade jogada nos chamados *crimes convencionais* (crimes que, por sua natureza, são praticados por pessoas das camadas populares, ameaçando o patrimônio e a integridade física) em contraposição aos chamados *crimes não-convencionais* (crimes, que, por sua natureza, são praticados normalmente por pessoas das camadas altas, ou pelo próprio Estado) [...]”.

⁷²¹ ELBERT, 2002, p. 326-7. Segundo o autor “[...] a mobilização das forças armadas para controlar regiões ou lugares sem a presença policial (favelas, zonas selvagens, situações de instabilidade social, etc); criação de grandes “conselhos de segurança” segundo os modelos dos governos militares para concentrar em um mando unificado todas as forças militares ou policiais de controle; endurecimento legal generalizado (aumento de penas, criação de novos tipos penais e restrição de possibilidades de relaxamento ou benefícios transitórios); aumento de penas em matéria de delitos sexuais; oferecimento de recompensas por informações sobre os suspeitos; prêmios por delatar imigrantes ilegais; transnacionalização da atividade policial; recrutamento de funcionários públicos como policiais para aumentar o número de efetivos nas ruas; prisões por dívidas e evasões impositivas mediante pomposos projetos que, em definitivo, terminam sendo aplicados aos evasores de menor quantia; construção de novas prisões; proposições no sentido da implementação do modelo policial nova-iorquino de “tolerância zero” (intervenção formal em todos os casos, mesmo naqueles de menor gravidade)”.

ineficácia, os quais são alardeados pela mídia como “solução” dos problemas na seara da segurança, uma vez que implementados com sucesso em outros países, como, por exemplo, nos Estados Unidos.⁷²²

Passa-se à sociedade uma ilusão de melhoria das condições, baseada em soluções de urgência ou de modelos copiados de outros países – muitas vezes, inaplicáveis no nosso sistema, seja por questões jurídicas, seja por questões operacionais - mas que, na prática, pouco contribuem para o encaminhamento da questão. No fim das contas, essas medidas apenas se consubstanciam em um modelo de sistema penal ou direito penal simbólico, os quais, via de regra, mais os desacreditam do que os fortalecem.⁷²³

A partir dessa análise geral, mormente quanto a sua abrangência e modelos, particularmente os modelos latino-americanos e brasileiros, uma vez que o aplicado no continente, como um todo, quase que em nada difere do pátrio, cabe-nos fazer um recorte em termos de estudo da Política Criminal e Sistema Penal.

Discutiremos apenas uma parte deles, qual seja, a política na área da segurança pública em geral e, particularmente, a investigação preliminar no processo penal. Este, como todo o sistema, está em séria crise, mormente em relação à denúncia de sua ineficácia e práxis operacional violadora dos Direitos Humanos – práticas antigarantistas.⁷²⁴ As crises geram discussões e críticas, mormente sobre os procedimentos arbitrários e ilícitos das polícias, em nosso particular da polícia judiciária investigativa.⁷²⁵

Como já se frisou, o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional e inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. A investigação preliminar é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente como consequência das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano. É o que se chama de *crise do inquérito policial*.⁷²⁶

⁷²² WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7-65. Nesta obra, o autor descreve as origens do chamada “Tolerância Zero”, que foi implantado em New York, o qual alguns entendem que deveria ser copiado pelo Brasil.

⁷²³ SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 116. Sobre as políticas na área de segurança pública, por exemplo, o autor afirma que “Entretanto, na realidade, a política de segurança pública, o plano de atuação e a execução deixam a desejar porque a criminalidade aumenta constantemente na maioria das espécies de crimes, principalmente os mais graves. A constatação é de ineficiência do serviço de prevenção de crimes.”

⁷²⁴ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan 1990, p. 158. A respeito aos Direitos Humanos no sistema de justiça criminal, o autor afirma o seguinte: “É claro que se um homem pratica um crime – um homicídio, um roubo, um estupro, um furto - ele deve ser processado e julgado. Os documentos dos direitos humanos também preveem isso. Mas não pode ser espancado. Não pode ser torturado. Não pode ser morto. Sua família não pode ser humilhada. Seus vizinhos não podem ser importunados e constrangidos. Casas inocentes não podem ser vasculhadas”.

⁷²⁵ SILVA, 2003, p. 67-9.

⁷²⁶ LOPES JR., 2008, p. xxi.

Nesse diapasão, a investigação criminal policial passa por intensa discussão acadêmica e na sociedade, uma vez que, muitos pensam que esse poder é mal utilizado e, como corolário negativo, seu produto é desqualificado e ineficaz.⁷²⁷ Todas essas questões levam a propostas de substituição do nosso modelo de investigação criminal.⁷²⁸

Por outro lado, entendemos que a discussão que se propõe não se restringe somente a uma análise teórica dos sistemas de investigação preliminar e, particularmente, do nosso. Portanto, colocaremos alguns dados em discussão a respeito da instituição que opera a investigação no caso do Rio Grande do Sul, a Polícia Civil.

No cenário da sociedade complexa e do risco, a qual traz uma extrema sofisticação das condutas delitivas, analisaremos as deficiências técnicas e humanas da Polícia Civil gaúcha. Também serão discutidas algumas das novas metodologias investigatórias, as quais vão ao encontro da alegada necessidade de controle do chamado “crime organizado”. Assim, a partir de uma análise crítica, buscaremos visualizar os possíveis elementos geradores da ineficácia da investigação e as perspectivas possíveis ao sistema.

⁷²⁷ GRAEFF JÚNIOR, Mauro. Polícia. A anatomia da impunidade. **Jornal Zero Hora**. Edição de 04.05.08. Porto Alegre, 2008, p. 47-52. Segundo a reportagem “Em abril de 2007, 181 pessoas foram assassinadas no Estado. Na época, ZH contou a história de todos os crimes e mostrou o rosto das vítimas. Agora, um ano depois, foi conferir o resultado da investigação constatando que 74 (40,9%) dos casos continuam sem solução. Indiciados 82 (45,3%), julgados 8 (4,4%), esclarecidos, mas sem indiciamento, 10 (5,5%) e outros 7 (3,3%). Prevalece a impunidade. A situação é preocupante também nos crimes esclarecidos. Entre os 143 suspeitos identificados, 86 estão soltos.” A matéria salienta que no Brasil não há referências atualizadas sobre o grau de resolução de crimes. “Em São Paulo, um levantamento de 2001 da Polícia Civil indicou 79,2% dos homicídios ficaram sem solução. Na Inglaterra, o grau de elucidação é de 90%. No Japão, de 95%.” A reportagem também comenta o fato de que os homicídios no Rio Grande do Sul vêm aumentando, no período de 2000 a 2008, enquanto que em São Paulo despencaram 61,4% e no Brasil caíram 12,5%. Salienta ainda a matéria uma das causas do aumento dos homicídios aqui no RS é a escassez de investimentos em segurança. “Para se equiparar a São Paulo, considerando a proporção demográfica, o Estado deveria gastar R\$ 2,1 bilhões em 2008 – o orçamento é de R\$ 340 milhos – e contar com 13 mil policiais civis – tem 5 mil”.

⁷²⁸ SANTOS, Klécio. Precisamos globalizar a repressão. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, edição de 08.06.03, 2003, p. 38. Com esse título, o repórter traz uma entrevista com o então Presidente do STJ, Nilson Naves, o qual, para combater o crime organizado, propõe a substituição do inquérito policial, assim se manifestou: “[...] ZH – Há outras propostas? Naves – Nós estamos propondo também que se institua um juizado de instrução, que viria em substituição ao inquérito policial. A apuração seria dirigida ou por um membro do Ministério Público ou por um magistrado. E evitaria a repetição de atos. Hoje, com o inquérito policial, há uma repetição de atos [...]”. Verifica-se pelo conteúdo da entrevista que, *data venia*, o ministro não está inteirado do assunto, pois nitidamente faz uma confusão sobre os sistemas de investigação preliminar. No mesmo sentido, IRION, Adriana. Polícia tem 1 milhão de crimes não apurados. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, edição de 09.06.04, p. 40. Segundo a autora o relatório do Ministério Público detecta falhas no trabalho das delegacias da Polícia Civil no Estado. As inspeções do Ministério Público em delegacias do Estado nos últimos três anos revelaram que cerca de 1 milhão de inquéritos não foram remetidos à Justiça. São crimes sem investigação ou cuja apuração está incompleta; ETCHICHURY, Carlos. Assassinatos. Porto Alegre bate recorde da década. **Jornal Zero Hora**. Edição de 06.01.08. Porto Alegre, 2008, p. 38. Segundo o autor, um relatório da Divisão de Planejamento e Coordenação revela que, entre 2002 e 2007, a polícia instaurou 3,9 milhões de inquéritos e termos circunstanciados. No mesmo período, a polícia encaminhou ao Ministério Público apenas 2,1 milhões de procedimentos. Isso significa que 1,7 milhão (45%) de registros de crimes permanecem nas delegacias, insolúveis, à espera de “um fato novo” para que os suspeitos sejam julgados.

Por outro lado, essa análise crítica sobre a atuação policial – mormente da Polícia Judiciária Investigativa - não pode ser feita senão dentro do contexto político do Estado Democrático de Direito. Nesse ideário republicano, o qual proclamamos viger, a partir da Constituição de 1988, a óptica do atuar das polícias deve estar calcada na legalidade e balizada na visão humanista de respeito e promoção dos Direitos Humanos.

4.2 DEFICIÊNCIAS MATERIAIS E HUMANAS DA POLÍCIA JUDICIÁRIA GAÚCHA

Verificou-se que qualquer dos modelos teóricos utilizados na investigação preliminar criminal – Juizado de Instrução, Promotor Investigador ou Investigação Policial - possuem vantagens e desvantagens. Nesse diapasão, torna-se difícil chegar-se a uma conclusão sobre o melhor modelo, com uma análise puramente teórica, diante da amplitude das deficiências estruturais encontradas na Polícia Judiciária do Rio Grande do Sul, que é a instituição responsável pela nossa investigação preliminar.

Desse modo, procurou-se, através dos dados a seguir estudados, analisar a questão, utilizando-se os números estatísticos da Polícia Civil gaúcha e, a partir deles, tentar extrair uma conclusão mais concreta acerca da (in)eficiência (?) investigatória do nosso sistema. Nesse sentido, levou-se em consideração o volume de fatos a serem investigados em frente às condições materiais e humanas disponíveis.⁷²⁹

4.2.1 Dados estatísticos e administrativos

Neste tópico, serão analisados alguns dados estatísticos sobre o número de ocorrências registradas nas últimas três décadas pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Também serão compilados alguns dados sobre o número de procedimentos instaurados, remetidos e em andamento nas delegacias do Estado, bem como a estrutura – quantidade de órgãos – em operação no Estado.

⁷²⁹ Registra-se que os dados compilados, por vezes, apresentam lapsos temporais, pois os órgãos governamentais estudados não tinham até pouco tempo a regra de fazer levantamentos estatísticos em todos os anos. Também se observa que os dados foram compilados, de um modo geral, até o ano de 2008. Ou seja, compilaram-se os dados existentes até o momento de finalização da pesquisa. De qualquer sorte, pensamos que isso não compromete as conclusões evidenciadas.

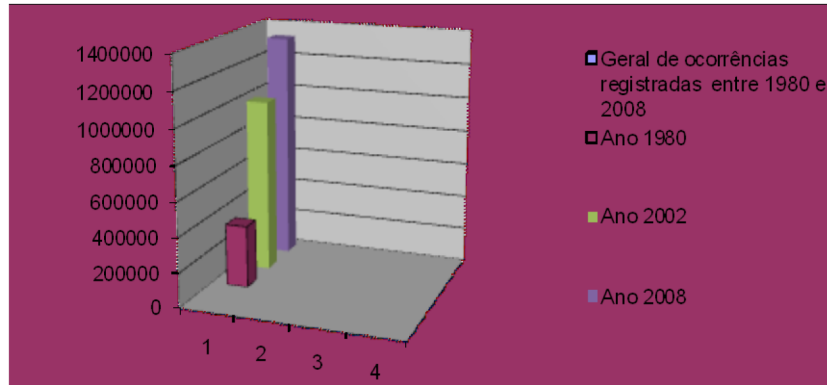


Figura 1 - Total Geral de ocorrências registradas 1980 - 2008

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

4.2.1.1 Ocorrências registradas entre 1980 e 2008

Em relação ao total geral de ocorrências registradas pela Polícia Civil, entre 1980 e 2002, houve um crescimento médio de 5% ao ano. Em 1980, foram registradas 358.522 ocorrências e em 2002 1.002.556. Em números absolutos, o crescimento no período foi de 644.034 ocorrências, fixando-se em um percentual de 180%.⁷³⁰ O total geral de ocorrências em 2008 foi 1.320.990.⁷³¹



Figura 2 - Total de ocorrências criminais – 2000-2008

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

No caso específico das ocorrências criminais, elas aumentaram, em números absolutos de 632.487, em 2000, a 666.167, em 2001, de 701.188, em 2002; a 739.426, em 2003. Já em 2007 foram registradas 800.273. Ou seja, em sete anos, houve um aumento de 26.52% nos

⁷³⁰ RIO GRANDE DO SUL. **Polícia Civil (ACADEPOL)** - Divisão de Assessoramento Especial da Academia da Polícia Civil.

⁷³¹ RIO GRANDE DO SUL. **Polícia Civil**. Divisão de Planejamento e Coordenação – DIPLANCO.

registros de ocorrência criminais.⁷³² Em 2008, as ocorrências criminais somaram 775.181.

Assim, se verifica que no período de 2000 a 2008 houve um crescimento exponencial das ocorrências criminais registradas da ordem de 5.3%, em média, ao ano. Então desde 1980 as ocorrências vêm crescendo constantemente em torno de 5% ao ano.⁷³³

4.2.1.2 Procedimentos⁷³⁴ policiais entre 1991 e 2008

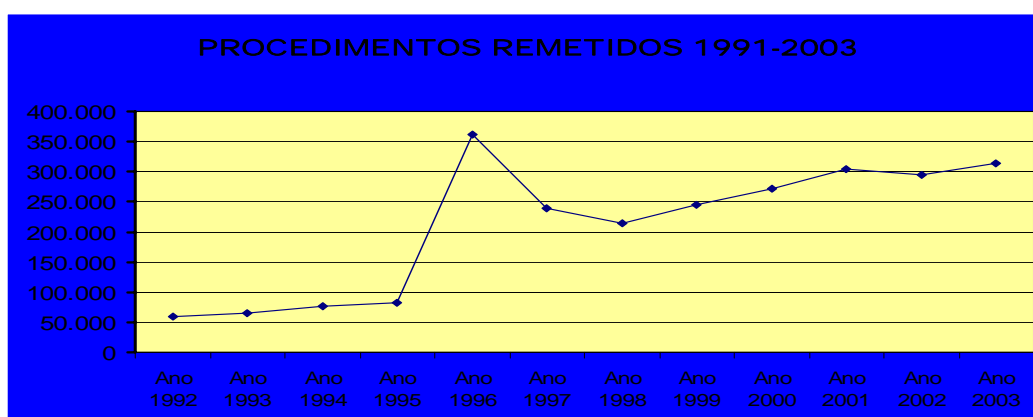


Figura 3 - Procedimentos remetidos (1991-2003)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

Em 1992, a Polícia Civil remeteu ao Poder Judiciário 58.854 procedimentos (inquéritos policiais, termos circunstanciados e procedimentos especiais de adolescentes). As remessas ficaram abaixo de 100.000 feitos até 1995. No ano de 1996, houve um salto de produtividade, quando foram remetidos ao Poder Judiciário 362.388 procedimentos.⁷³⁵

Em 1997, a remessa de procedimentos caiu para 238.888 feitos e, em 1998, para 214.340. Em 1999, a produtividade voltou a subir, chegando em 2003 a 314.306 procedimentos remetidos ao Poder Judiciário.⁷³⁶ Observa-se, portanto, que a remessa de procedimentos pela Polícia Civil no período de 1992 a 2003 aumentou em mais de 400%.

⁷³² DIPLANCO.

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ Os procedimentos mencionados trata-se de Inquéritos Policiais (IPs); Termos Circunstanciados (TCs) e Procedimentos Especiais de Adolescente (PEAs).

⁷³⁵ DIPLANCO.

⁷³⁶ *Ibid.* Conforme os dados colhidos nesse órgão no período em questão, a remessa de procedimentos foi a seguinte: 1992, 58.854; 1993, 64.835; 1994, 76.377; 1995, 82.525; 1996, 362.388; 1997, 238.888; 1998, 214.340; 1999, 245.770, 2000, 272.260; 2001, 305.162; 2002, 294.996; 2003, 314.306. Nesse mesmo período, o número de servidores da Polícia Civil caiu de 5.287, em 2002, para 5.225, em 2003. A população do Rio Grande do Sul cresceu de 9.273.103, em 1992, para 10.398.133, em 2003.



Figura 4 - Procedimentos policiais situação geral (2003-2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

No ano de 2003, foram instaurados 658.382 procedimentos para apuração de delitos pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Já em 2006, foram 669.624 instaurações de procedimentos investigatórios, sendo remetidos 399.996, restando em andamento 1.523.589.⁷³⁷

No ano de 2007, instauraram-se 629.945 feitos, dos quais foram remetidos ao Poder Judiciário 407.935, mas houve um saldo residual de 1.744.764 procedimentos ainda em instrução nas delegacias. No ano de 2008, foram instaurados 418.139 procedimentos policiais.⁷³⁸

Em 2008, foram remetidos ao Poder Judiciário 397.291 procedimentos, perfazendo uma média mensal de 33.107 feitos. Esse número fica abaixo da média mensal de 2007, a qual foi de 33.994 procedimentos.⁷³⁹

Assim, verifica-se uma diminuição do número de instaurações no período de 2003 a 2007 em números absolutos de 240.243 – 36.5%. Por outro lado, entre os anos de 2006 e 2008 houve uma diminuição de 2.105 procedimentos remetidos ao Judiciário, que equivale a um decréscimo de aproximadamente 0.6%.

Comparando a média mensal de procedimentos remetidos entre os anos de 2007 e de 2008, nesse ano nota-se uma média por mês a menos de 887 feitos, o que equivale a uma redução de aproximadamente 2.6%.

Preocupante nesses dados é o número residual de procedimentos, mormente o fato de haver um aumento nesse resíduo de 18.885 feitos – 1.1%, o qual, diante das estimativas, poderá subir ainda mais. Nesse aspecto é relevante salientar que a práxis policial demonstra

⁷³⁷ DIPLANCO.

⁷³⁸ *Id.* Salienta-se ainda que a portaria 164/07 (Estado do Rio Grande do Sul. Polícia Civil – Departamento de Administração Policial - Divisão de Pessoal – Boletim Regimental n.º 66/07 de 29.10.07.), orienta que somente devam ser instaurados procedimentos relativos a crimes com autoria conhecida ou de natureza grave.

⁷³⁹ DIPLANCO.

que, via de regra, nesse passivo estão procedimentos relativos a muitos crimes graves – homicídios, latrocínios e outros – que, justamente pelas dificuldades e complexidade na investigação, ficam dormitando nas delegacias e gerando impunidade.

É bem verdade que a instituição, apesar das dificuldades, tem aumentado a remessa de feitos ao Poder Judiciário. Nesse sentido, a Portaria 164/07, da Chefia de Polícia, determinou que deveria ser priorizado a remessa ao Poder Judiciário de feitos policiais relacionados a delitos que fossem revestidos de relevante gravidade para o meio social, os que causam clamor público e ainda os de maior potencial ofensivo.⁷⁴⁰

4.2.1.3 Órgãos policiais em operação e recursos materiais em 2008



Figura 5 - Órgãos policiais no Rio Grande do Sul (2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor.

No ano de 2008, havia em operação no Rio Grande do Sul 464 órgãos policiais situados no Departamento de Polícia do Interior; 54 órgãos policiais no Departamento de Polícia Metropolitana; 60 órgãos policiais na Capital do Estado; e 24 Delegacias de Polícia Especializadas, com sede também na Capital.⁷⁴¹

Em relação a equipamentos de informática, em 2008 havia 10.157 estações de trabalho, com 419 servidores de rede. Além desses equipamentos, havia 51 notebooks e 285 máquinas

⁷⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil. Departamento de Administração Policial - Divisão de Pessoal. **Boletim Regimental**, n. 66/07, de 29 out. 2007.

⁷⁴¹ *Ibid.*.

fotográficas digitais, em carga. Quanto a viaturas, elas totalizam 1.319, sendo 165 com até 3 anos de uso; 524 com mais de 5 e menos de 10 anos; e 28 com mais de 10 anos em atividade.⁷⁴²

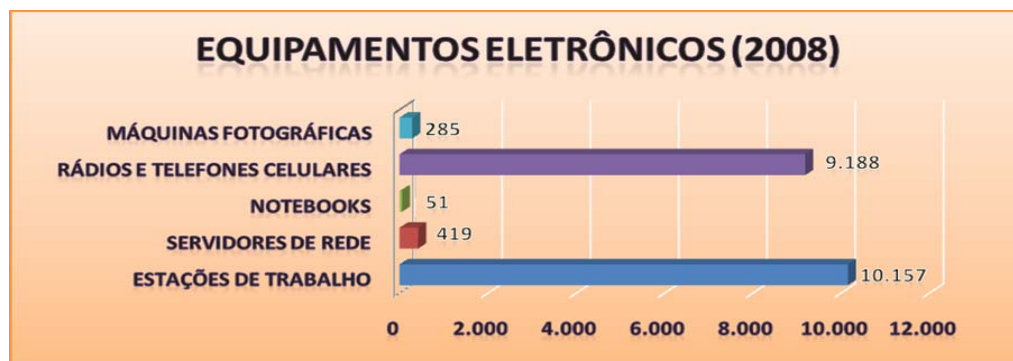


Figura 6 - Equipamento Eletrônicos Polícia Civil (2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

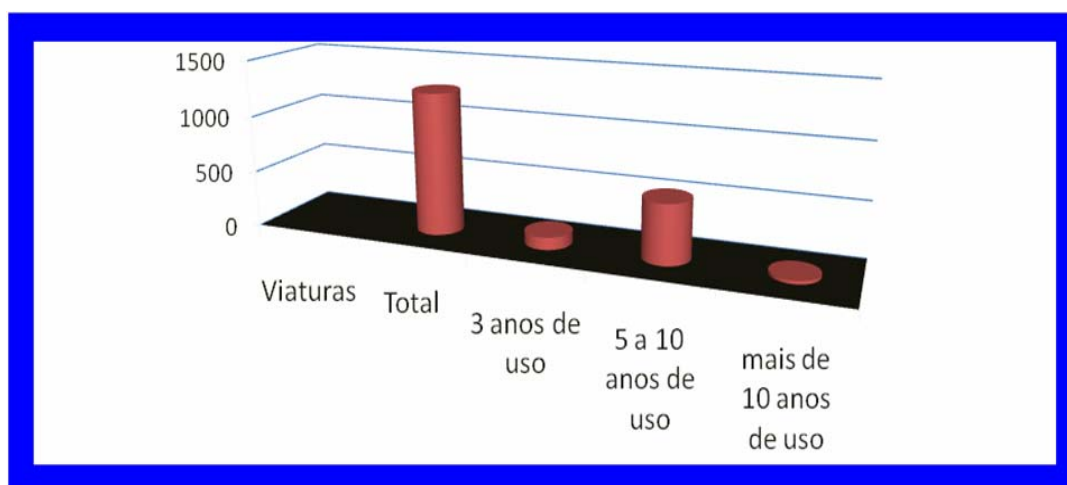


Figura 7 - Viaturas da polícia civil - 2008

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

A Polícia Civil possuía um total de 16.363 armas, sendo apenas 3.662 pistolas calibre. 40; 15 fuzis 7,62 e 45 metralhadoras. Quanto aos coletes balísticos, encontravam-se em condições de validade apenas 2.684 equipamentos. Quanto a aparelhos de comunicação portáteis e individuais – rádios e telefones celulares - 9.188 equipamentos.⁷⁴³

⁷⁴² DIPLANCO.

⁷⁴³ *Ibid.*

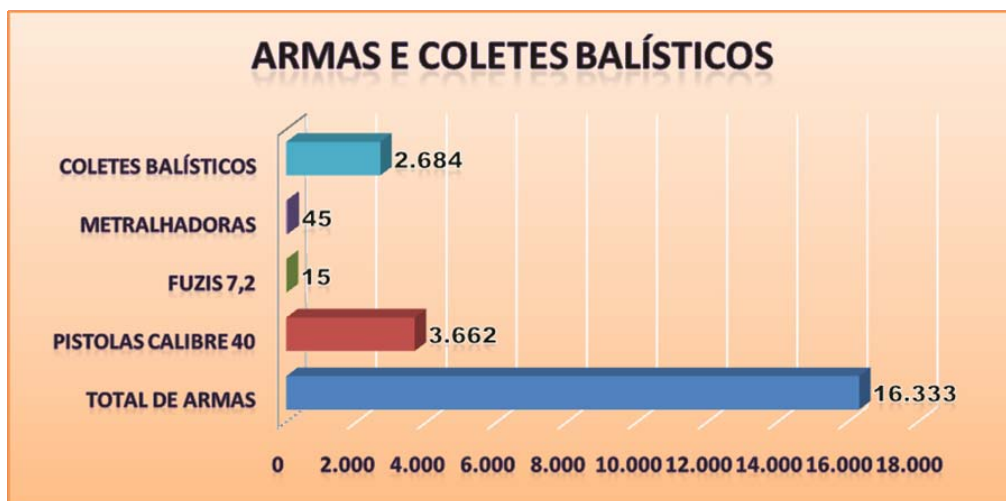


Figura 8 – Armas e Coletes Balísticos (2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

Tomando por base tais números e comparando-se os recursos materiais mínimos e indispensáveis, constata-se o evidente desaparelhamento da Polícia Civil gaúcha. No caso dos equipamentos de informática, são, em média, 19 computadores por órgão policial. Entretanto, desses equipamentos, cerca de 2.943 estão obsoletos, uma vez que possuem em média 7 anos de uso.⁷⁴⁴

Quanto às viaturas, existem, em média, apenas dois veículos em cada delegacia, a maioria operando há mais de cinco anos. Em relação ao armamento de porte adequado para o serviço policial – pistolas calibre. 40 -, há uma média de sete armas por órgão policial. No tocante a equipamentos de comunicação, em média existem 17 equipamentos por órgão policial, mas muitos deles são obsoletos ou necessitam de reparos. Bastante preocupante é a questão referente aos coletes balísticos, uma vez que não existem à disposição para todos os servidores policiais, atualmente em atividade.

4.2.2 Recursos humanos

Para avaliar a questão referente aos problemas de efetivo da Polícia Civil, trazem-se alguns dados estatísticos referentes às três últimas décadas a respeito do quadro geral de servidores, com especial ênfase ao número de Delegados de Polícia em atividade em cada período.

⁷⁴⁴ DIPLANCO.

4.2.2.1 Efetivo da policial civil – variação entre 1975 e 2008⁷⁴⁵

4.2.2.1.1 Quadro geral de servidores



Figura 9 - Efetivo do quadro geral de servidores da policial civil – variação entre (1975-2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

Em termos de efetivo geral, em 1975 a Polícia Civil possuía um efetivo total de 4.524 policiais, somando-se todos os cargos. No ano de 1980, eram 5.849 policiais. O maior efetivo atingido pela Polícia Civil gaúcha foi em 1985, quando possuía um efetivo total de 6.321 servidores policiais.⁷⁴⁶

Em 1990, o efetivo da Polícia Civil caiu para 5.667 policiais, sendo que em 1992 a curva descendente atingiu 5.272 homens e mulheres. Em 1996, o efetivo voltou a crescer, chegando a 6.283 policiais, vindo a cair novamente no ano seguinte para 5.959. Desse modo, dos 10.886 cargos criados, 4.927 permaneciam vagos.

No ano de 2000, o efetivo da Polícia Civil continuou em queda, registrando o número de 5.427 servidores. Em 2001, subiu para 5.601, voltando a cair para 5.487 em dezembro de 2002.⁷⁴⁷ Em novembro de 2004, havia 5.702 policiais civis em atividade no Estado.⁷⁴⁸ Já em 2004, havia em atividade 5.702 servidores policiais.⁷⁴⁹ Em 30.11.07, eram 5.294 servidores.

⁷⁴⁵ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. (ASDEP-RS). Disponível em: <<http://www.asdep.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2009, em reunião no Tribunal de Justiça do RS, no dia 9.10.09, de acordo com o Chefe de Polícia, João Paulo Martins, a Polícia Civil do RS contava com um efetivo total de 5.369 servidores policiais - notícia publica no site do Tribunal de Justiça em 9.10.09, acessada e difundida pela ASDEP.

⁷⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Polícia Civil**. Almanaque do pessoal da Polícia Civil de 1985, p. 19.

⁷⁴⁷ DIPLANCO.

⁷⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL **Polícia Civil**. Departamento de Administração Policial – Divisão de Cadastro e Assentamento.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

Em 2008, o efetivo subiu para 5.596 servidores.⁷⁵⁰

4.2.2.1.2 Delegados de polícia⁷⁵¹

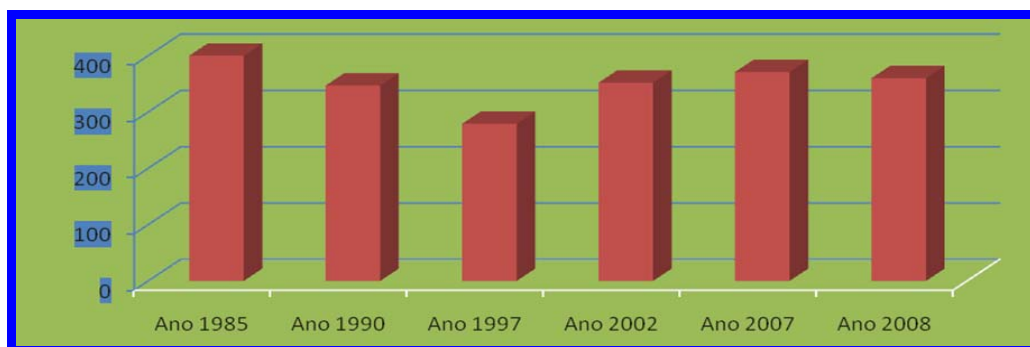


Figura 10 - Efetivo dos delegados de polícia 1985-2008

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

Um dos objetivos desta pesquisa é analisar a investigação preliminar criminal quanto aos seus modelos teóricos. Esses modelos apresentam, como se viu, diferenças. A principal delas é quanto à autoridade que preside a fase preliminar, motivo pelo qual se torna relevante analisar em particular alguns dados relativos ao encarregado – Delegado de Polícia - aqui no Estado do Rio Grande do Sul.

Em 1985, tínhamos 400 delegados em atividade no Estado.⁷⁵² Em 1990, eram 460 os cargos de Delegado de Polícia criados, sendo que desses 347 (75,43%) estavam providos.⁷⁵³ No ano de 1997, dos 594 cargos previstos, apenas 279 restavam providos, estando vagos os outros 315 (52, 35%).⁷⁵⁴

No ano de 1990, não houve a nomeação de nenhum Delegado de Polícia; em 1991, foram nomeados 27; em 1992, 103. De 1993 a 1997, foram nomeados, em média, dois delegados por ano.⁷⁵⁵ Desse modo, verifica-se que no período de 12 anos decorridos, entre

⁷⁵⁰ DIPLANCO.

⁷⁵¹ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. (ASDEP-RS). Disponível em: <<http://www.asdep.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2009, em reunião no Tribunal de Justiça do RS, no dia 9.10.09, de acordo com o Chefe de Polícia João Paulo Martins, a Polícia Civil do RS, contava com um efetivo de 383 delegados de polícia - notícia publica no site do Tribunal de Justiça, em 9.10.09, acessada e difundida pela ASDEP.

⁷⁵² RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil. **Almanaque do pessoal da Polícia Civil**. 1985, p. 27.

⁷⁵³ *Id.* 1990, p. 36.

⁷⁵⁴ *Id.* 1998, p. 19.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

1985 e 1997, houve um decréscimo de 85 Delegados de Polícia nos quadros da instituição.

Em 1999, foram nomeados 119 delegados; em 2000, nomearam-se 11; em 2001, foram 06.⁷⁵⁶ No ano de 2002, havia 594 cargos de delegados de polícia criados, sendo que desses 352 estavam providos e 242 (40.75%) vagos.⁷⁵⁷ Nesse ano nenhum delegado foi nomeado.⁷⁵⁸ Em 30.11.07, eram 371 Delegados de Polícia em atividade, com 223 (37.55%) cargos vagos. Em 2008, foram nomeados 35 delegados, sendo que, ao final do ano, o efetivo era de 360 profissionais.

Constatou-se, também, que no período de 22 anos decorridos, entre 1985 a 2008, houve uma diminuição no número de cargos providos de 40 delegados, passando em números reais de 400 profissionais para 360. Ou seja, uma diminuição de 10%. Mas se analisarmos em termos de previsão e lotação da época, a redução do efetivo foi muito maior, uma vez que, por exemplo, em 1990, 347 (75,43%) dos cargos previstos (460) estavam providos, mas em 2007, eram apenas 62,45% com lotação efetiva. Em 2008, estavam providos 78% dos cargos criados.

Conforme levantamento da Academia da Polícia Civil, o número de ocorrências policiais por Delegado de Polícia saltou de 896,3 em 1980 para 3.294 em 2005.⁷⁵⁹ Em 2008, chegamos a 3.669,4 ocorrências registradas por delegado de polícia. Ou seja, nesse período houve um aumento de mais de 300% no número de ocorrências policiais por Delegado de Polícia.

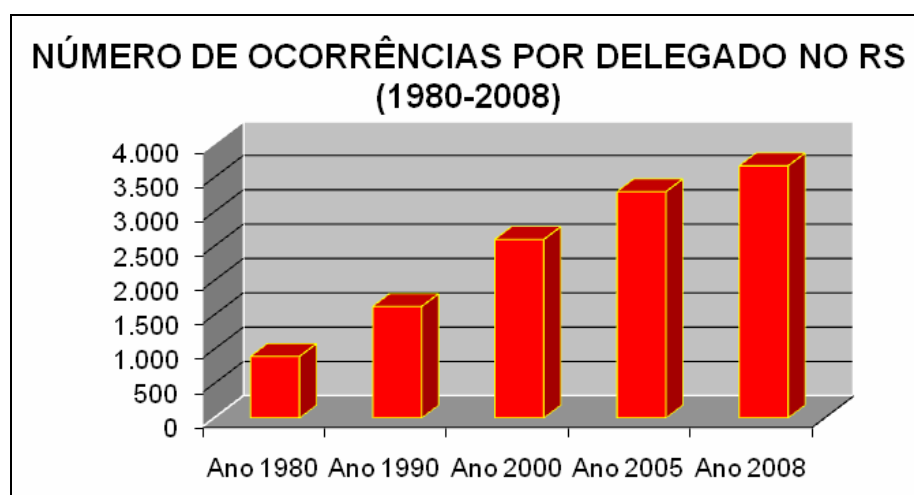


Figura 11 – Número de Ocorrências por Delegado no RS. (1980-2008)

Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

⁷⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil. **Almanaque do pessoal da Polícia Civil**. 2002, p. 21- 6.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 21 e 26.

⁷⁵⁹ ACADEPOL. **Polícia Civil**. Academia da Polícia Civil/RS.

A partir desses dados, pode-se concluir, em termos de média do efetivo da polícia civil, o seguinte: de 1980-9: 5.913; de 1990-9: 5.678; e de 2000-8: 5.517. Desse modo, verifica-se uma curva decrescente no número geral de servidores que vem se acentuando a cada década, desde 1980, em contraponto à população que tem aumentado continuamente.

Constata-se, como exemplo, que entre dezembro de 2002 e dezembro 2007 o efetivo geral da Polícia Civil do Rio Grande do Sul diminuiu 3,5%,⁷⁶⁰ enquanto que a população do Estado subiu de 10.408.540 para 10.582.887, ou seja: aumentou 1,7%.⁷⁶¹



Figura 12 – Evolução População X Efetivo da Polícia Civil
Fonte: Elaborado pelo Autor (2009).

4.2.3 Considerações acerca dos dados

De acordo com os dados citados, é possível afirmar que a Polícia Judiciária gaúcha está desestruturada, uma vez que há um grande déficit de investimento do Estado nessa atividade. Existem carências de todas as espécies, mas, sem dúvida, a mais preocupante diz respeito aos recursos humanos.

A investigação - mais do que equipamentos - depende da inteligência humana. É um erro se pensar que computadores, por exemplo, são mais importantes que pessoas na investigação criminal. A informática é apenas uma ferramenta, mas o computador sozinho não investiga crimes. É necessário que haja pessoas, muito qualificadas, por isso bem remuneradas, para operá-los e fazer frente à dinâmica criminalidade da sociedade complexa e do risco.

⁷⁶⁰ DIPLANCO.

⁷⁶¹ IBGE. **População estimada pelo IBGE para o ano de 2002 e 2007**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatística/população/contagem2007/popmunic2007/layotTCU14112007.xis>>. Acesso em: 28. dez. 2007.

Além disso, é comum autoridades, juristas e “especialistas” compararem a investigação com o processo criminal judicial, quanto aos meios necessários para a sua efetividade. Ledo engano. Uma investigação, normalmente, inicia apenas com um registro de ocorrência, às vezes um cadáver abandonado em lugar ermo. A partir daí, há que se construir toda a história do fato, da estaca zero, normalmente sob o imperativo da urgência.

Em alguns casos, é necessário mobilizar todo o efetivo de uma cidade, por semanas e até meses, para apurar um único crime. Nesse período, os servidores abandonam o trabalho normal, que fica parado aguardando o retorno deles, pois não há substitutos, para se dedicar à apuração de tal fato. Então as necessidades de estrutura de trabalho, mormente a humana, são muito maiores na investigação preliminar, não se podendo fazer comparativo com qualquer outra atividade da seara jurídica.

Poder-se-ia dizer que todo o sistema de segurança, na área policial, estaria desestruturado de maneira uniforme, em razão dos problemas econômicos que enfrenta. Mas isso, no caso do Rio Grande do Sul, é uma assertiva relativa. Se essa afirmação é correta em relação à Polícia Judiciária, não o é da mesma forma quanto à Brigada Militar, pelo menos no que se refere ao atributo pessoal.

Segundo afirmou a Secretaria da Justiça e Segurança do Estado, a ONU propõe como efetivos adequados para o policiamento ostensivo um policial para cada quinhentos habitantes. Quanto à polícia de investigação, seria um policial para cada mil habitantes.⁷⁶² Partindo dos índices propostos pela Organização das Nações Unidas, como o nosso Estado possui uma população de mais de dez milhões de habitantes (10.582.887 em 2007), deveríamos ter um efetivo mínimo aproximado de dez mil policiais na área investigatória e vinte mil no policiamento ostensivo.

Para efeito de comparação, tomamos por base os dados de 2004, quando a polícia Civil tinha 5.702 servidores, conforme apontamos. Por outro lado, a Brigada Militar, em 2004, tinha registrado na Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, 25.658 matrículas.⁷⁶³ Ou seja, a Polícia Civil, responsável pela investigação criminal, na época, quadro que não mudou muito, tinha praticamente a metade do efetivo mínimo previsto, enquanto que a polícia ostensiva possuía cerca de cinco mil servidores a mais do que a ONU indicava como ideal.⁷⁶⁴

⁷⁶² Dados do Informativo interno da Secretaria da Justiça e da Segurança, número 10, de 05.11.99.

⁷⁶³ HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O trabalho policial**: estudo da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 104.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

Diante disso, evidencia-se a desestruturação – pelo menos em termos de pessoal – superior da polícia investigativa. Como se viu, o efetivo atual, tanto no quadro geral da Polícia Civil, quanto no de Delegados de Polícia, é menor do que na década de 80, enquanto a população e o número de ocorrências dispararam.

De acordo com os dados compilados, em 1980 eram 61 registros de ocorrência por policial civil. Já em 2007 eram 151 registros por servidor, e em 2008, 236 ocorrências para cada policial civil. Então a carga de trabalho é três vezes maior do que vinte e sete anos atrás. Em 1980, havia 74 policiais civis para cada 100.000 habitantes. Em 2007, esse número diminuiu para 50 policiais. Em 2008, são aproximadamente 3.669 ocorrências por Delegado de Polícia ou 4.898 procedimentos para cada autoridade presidir.

Nesse sentido, Hagen⁷⁶⁵ traz estas importantes informações:

Uma primeira observação é sobre o aumento do número de ocorrências: entre 1993 e 2003, a população do Rio Grande do Sul passou de 9.369.646 para 10.512.283 habitantes, aumentando em cerca de 12,2%; no mesmo período, o número de ocorrências registradas anualmente pela Polícia Civil elevou-se em cerca de 54,2% (de 672.429 para 1.036.772). Apesar da elevação do número de ocorrências registradas, o efetivo policial não aumentou, oscilando entre 6.257 (em 1996) e 5225 (em 2003), segundo informações fornecidas pela própria Polícia Civil do Rio Grande do Sul em seus Relatórios Anuais. A proporção entre o efetivo policial e a população diminuiu de 57,72 policiais civis por 100.000 habitantes em 1993 para 49,70 em 2003. Ressalte-se que esses valores chegaram a 64,94 em 1996 e 74,98 em 1985.

Diante de tais dados, colhidos na unidade territorial do Rio Grande do Sul, a alegada falta de eficiência da investigação preliminar, no nosso caso, é quase que uma consequência lógica.⁷⁶⁶ Evidencia-se, primeiramente, que se fez a opção por um sistema de segurança pública amparado no policiamento ostensivo – persecução da criminalidade de rua.

Tanto em termos legislativos como em termos de práxis governamental, há fortes elementos que demonstram o desinteresse em uma polícia técnica de investigação. Isso porque uma polícia investigativa forte poderia ser perigosa para setores da elite econômica e política. Nesse sentido, constatou-se, pelas operações desenvolvidas, principalmente pela Polícia Federal, de alguns anos para cá, que segmentos de tais elites estão comprometidos

⁷⁶⁵ HAGEN, 2006, p. 141.

⁷⁶⁶ Todavia temos de considerar a atual crise do Sistema Carcerário, no qual a superlotação das penitenciárias é uma realidade, como foi noticiada na imprensa do Estado. Ou seja: se o sistema de persecução criminal no Brasil é ineficiente, como se explica essa superlotação? Desse modo, caso houvesse um incremento na eficiência da persecução criminal, mormente na investigação criminal, parece óbvio que o Sistema Carcerário não teria como absorver tal demanda. Tendo em vista algumas decisões do Poder Judiciário do RS, no sentido de determinar a soltura de presos ou de cumprimento de prisão domiciliar pela falta de vagas nos presídios gaúchos, o Procurador de Justiça da 5ª Câmara Criminal do TJ/RS, Lenio Luiz Streck, por meio do of. N.º 036/09-Gab.-LLS Porto Alegre, 15 de junho de 2009, representou pela intervenção federal no RS ao Procurador-Geral da República.

com o crime organizado e delitos de “colarinho branco”.⁷⁶⁷

Evidencia-se, também, com isso, que há uma opção de política criminal baseada em um sistema de segurança pública que cada vez mais vai na direção do controle social da pobreza – seletivo - e não de garantia de direitos humanos fundamentais de todos, como propõe o paradigma garantista. Essa política criminal, na verdade, reforça ainda mais aquilo que Andrade chama de “*Violação da programação normativa*”, ou seja, ao invés de garantir os direitos de todos, o sistema passa à violação sistemática de direitos humanos, principalmente daqueles que são mais vulneráveis socialmente.⁷⁶⁸

É possível afirmar que a nossa opção de política criminal nessa seara se ajusta à crítica feita por Loïc Wacquant sobre a doutrina da “tolerância zero” implantada em Nova Iorque. O autor denuncia que tal doutrina se propõe, principalmente, à perseguição da criminalidade de rua, dos delinquentes pobres, e não de todos os delitos, como o nome poderia sugerir.⁷⁶⁹

De acordo com Wacquant, por trás do modelo implantado por William Bratton em Nova Iorque, na administração de Rudolph Giuliani, estaria, entre outros meios, a extraordinária expansão dos recursos destinada à manutenção da ordem. O volume de recursos chegou a atingir 2,6 bilhões de dólares, contando com um efetivo de 38.600 uniformizados (policiamento ostensivo).⁷⁷⁰

No caso do Brasil, Wacquant reconhece o desinteresse flagrante e a incapacidade patente dos tribunais em fazer respeitar a lei, o que encoraja a busca de soluções privadas de segurança. Todavia adverte que devemos buscar a igualdade de todos perante a lei, pois o funcionamento atual das administrações policiais e judiciárias brasileiras é tão ineficiente, caótico e débil, que exigiria, para se encaixarem nas normas estipuladas pelas convenções internacionais, uma reestruturação de alto a baixo.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ SCHAFFNER, Fábio. **PF desgoverna o poder**. Ações da Polícia Federal estouram ninhos de corrupção e espalham denúncias que apavoram o governo e sacodem o Congresso e o Judiciário. Quem será o próximo. PF encurrelha quadrilhas no poder. Edição publicada no dia 27.05.07. Porto Alegre, 2007, p. 1,4-12. Segundo a reportagem, “Foi investigando a própria corporação que a Polícia Federal (PF) deu início à avalanche de denúncias de corrupção que já derrubou um ministro do governo Luiz Inácio Lula da Silva – Silas Rondeau, de Minas e Energia – e coloca na berlinda o presidente do Congresso, Renan Calheiros (PMDB-AL)”. No mesmo sentido: BOLETIM IBCCRIM. **A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as mega-operações**. São Paulo, n. 175, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 13 nov. 2009. Segundo o editorial, “Destá vez, contudo, as investigações policiais esbarram no que de pior parece existir no Brasil. Escancaram o problema da corrupção de agentes públicos e incluem entre os investigados por supostos ilícitos penais magistrados, prefeitos, (ex-)governadores, secretários de governo, deputados e o próprio presidente do Senado Federal”.

⁷⁶⁸ ANDRADE, 2003, p. 289-2.

⁷⁶⁹ WACQUANT, 2001, p. 25.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 26 e seg.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

Nessas palavras, evidencia-se a tentativa de Wacquant de demover-nos dessas ideias de criminalização da miséria. Ele faz uma nota especial aos brasileiros, advertindo que não se devem aplicar as teses “da tolerância zero” no Brasil, pois poderia piorar a situação.

Entretanto parece que não nos sensibilizamos aos seus apelos e, em termos de modelo de política criminal, no que toca à segurança pública, já optamos por esse equivocados modelo. Vislumbra-se que é só uma questão de tempo para que tome a proporção exigida por aquela teoria, agravando, ainda mais, nossos problemas e equívocos na área.

Nesse diapasão, verifica-se que alguns governantes ou políticos que ocupam cargos nas Secretarias de Justiça e Segurança, condicionados pela mídia e seus movimentos de Lei e Ordem, tornam-se cada vez mais reféns dos discursos prontos e das soluções de ocasião. Essas autoridades, encarregadas de gestar a política criminal, via de regra, apelam cada vez mais para o ostensivismo e repressão da criminalidade de rua.

Nesse sentido, Reale Júnior⁷⁷² afirma que:

[...] Nos dias atuais, em época eleitoral, com o crescimento da criminalidade, as soluções repressivas ganham força de verdade absoluta nas propostas dos candidatos, que pretendem trocar votos, em suas propagandas, pela ilusão de segurança, um verdadeiro estelionato para ludibriar o eleitor [...].

Circunstância que também demonstra a atenção prioritária dada ao policiamento ostensivo é o crescimento das guardas municipais, sendo que muitos municípios passaram a investir pesado nesse contingente fardado e também militarizado aos moldes das polícias militares. Nesse sentido, o Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/03, possibilitou que as guardas em cidades a partir de determinado número populacional passassem a portar armas.

Esse é o caminho que nitidamente vem se tomando no Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, aumento indiscriminado do contingente de policiamento ostensivo. Isso acontece sem ser

⁷⁷² REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e tolerância zero. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ano 10, ed. comemorativa, out. 2002. Complementa o autor que “Um candidato a governador afirma que a polícia é eficiente, mas os direitos humanos a impedem de trabalhar, como se não fosse também um direito humano defender-se de alguém, com ampla defesa, de acusações de manutenção de contas em paraísos fiscais. E propõe, então, a adoção do sistema da tolerância zero aplicado na cidade de Nova Iorque. A tolerância zero constitui a tática policial de realizar busca e perseguições aos inconvenientes sociais, vadios, ébrios, desordeiros, no pressuposto de que a não condescendência com infrações menores, sem vítimas, é o melhor caminho para o combate à criminalidade, pois estes ambientes frequentados pelos indisciplinados sociais vicejaria a prática delituosa [...]” No mesmo sentido, falando sobre a influência do sistema da tolerância zero na Europa. BEIRAS, Iñaki Rivera. El business penitenciario (una incursión por las “nuevas” racionalidades punitivas). **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 128, jul. 2003. Conforme o autor “[...] Veremos cuánto tarda en verificarse la difusión de esta “nueva” política penal en los países europeos. La tendencia es clara: gestión punitiva de la pobreza, mercado económico de total flexibilización, criminalización cada vez mayor de la disidencia y reducción del Estado. El espacio de “lo público” parece caminar en esa dirección [...]”.

questionado se trará algum resultado prático em relação à violência e à criminalidade crescente. Não se questiona a eficácia dessas políticas, mormente no que tange à dita criminalidade organizada, uma vez que esta, em regra, é invulnerável ao policiamento ostensivo.

Demonstra, por exemplo, essa tendência a ampla cobertura da mídia local, em 2003, sob o título de “Janelas fechadas para o crime”. O ideólogo dessas propostas, George Kelling, autor da “Teoria das Janelas Quebradas”, uma das que fundamentou a “doutrina da tolerância zero” nos EUA, veio ao Estado, contratado a “peso de ouro” pela Escola Superior do Ministério Público do Estado, para dar a “receita” de diminuição da criminalidade e violência.⁷⁷³

Desde aquele ano, continuamos a verificar apoio e relevância a essa política criminal discriminatória. Há uma insistência, de parte da mídia, na eficácia desse modelo de criminalização da pobreza e ostensivismo. Prova disso é o fato de que, recorrentemente, a mídia retoma o tema, apontando “As lições de Nova Iorque” como modelo milagroso capaz de erradicar a violência.⁷⁷⁴

Realmente, segundo tais reportagens, houve redução da violência naquela cidade. Pode-se dizer também que algumas medidas talvez até sejam positivas – aprimoramento das forças policiais e controle da posse de armas, por exemplo. O problema é adotar o “pacote” inteiro como modelo de política criminal, trazendo juntamente a ideologia de criminalização da miséria.

Mas há um dado ainda mais relevante no nosso contexto: o fato das nossas polícias ostensivas serem militarizadas. Nesse sentido, Zaffaroni faz considerações acerca do caráter militarizado dos nossos sistemas penais, os quais, mediante a expressa e legal renúncia à legalidade, são encarregados *de um controle social militarizado e verticalizado*, de uso cotidiano exercido sobre a grande maioria da população. Segundo o autor, os órgãos do sistema penal exercem seu poder *militarizador e verticalizador-disciplinar* sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou diferentes) mais incômodos ou significativos, sendo que a disciplina militarizada tende a ser igual à do quartel.⁷⁷⁵

Conforme Zaffaroni⁷⁷⁶, esse poder militarizador é dominante nas agências policiais latino-americanas:

⁷⁷³ LUZ, Lia. Janelas fechadas para o crime. **Jornal Zero Hora**. Edição publicada no dia 08.06.03. Porto Alegre, 2003, p. 46; JORNAL ZERO HORA. **Polícia**. Prevenção: autores de método implantado nos EUA participam de debate. Promotores debatem Tolerância Zero. Edição publicada no dia 12.06.03. Porto Alegre, 2003, p. 39; *Ibid.* **Polícia**. Criminalidade: americanos falaram em encontro. Especialistas explicam teoria da Tolerância Zero. Edição publicada no dia 13.06.03. Porto Alegre, 2003, p. 39.

⁷⁷⁴ MARTINI, Priscila. As Lições de Nova York. **Jornal Zero Hora**. Edição de 06.01.08. Porto Alegre, 2008

⁷⁷⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 23-24.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 137.

Na América Latina, a regra é a militarização das agências policiais e penitenciárias, embora suas funções sejam de natureza indiscutivelmente civil, pelo menos formalmente. O serviço policial de investigação criminal é claramente um serviço civil, como também o seria a pretensa técnica do treinamento penitenciário. No entanto, os dois serviços costumam ser militarizados, organizados com regulamentos disciplinares de caráter militar, práticas de sanções, uniformes, insígnias, graus, etc..

Afirma Elbert que o caráter total e militarizado das polícias pode ocorrer de forma explícita ou implícita. Isso acontece quando utiliza uma hierarquia vertical em três cargos: oficiais, suboficiais e agentes. Nesse modelo, a subordinação às determinações superiores é indiscutível, sendo amparada em regulamentos notoriamente autoritários e arbitrários, assim como no Exército.⁷⁷⁷

A militarização do sistema de controle social na América Latina surgiu a partir da década de sessenta. Isso ocorreu em face da influência no continente da Ideologia da Segurança Nacional, resultado da polarização global causada pela “Guerra Fria”. Essa doutrina inicialmente era dirigida ao criminoso político, mas aos poucos se voltou ao combate da criminalidade convencional. Nessa perspectiva de doutrina militar, a qual desde então ganha terreno e se fortalece, inimigo é inimigo mesmo e guerra é guerra mesmo. Combate é combate mesmo, sendo legítimo o uso da força de forma indiscriminada, com o objetivo de vencer a guerra.⁷⁷⁸

O curioso é que aqui no Brasil temos duas polícias, uma civil e outra totalmente militarizada, portanto teoricamente estaríamos a salvo do processo *militarizador*, no caso da investigação criminal. Todavia, na prática, a corporação militar, que constitucionalmente é responsável pelo policiamento ostensivo, insiste em querer apurar delitos.

Aliás, fala-se muito em ineficácia e modificação do sistema de investigação preliminar – com o fim do inquérito policial - mas muito pouco se diz sobre o equívoco de termos entregado o policiamento a uma corporação militar.⁷⁷⁹

Pode-se dizer, sem medo de exagerar, que as polícias ostensivas militarizadas são ainda hoje no país um dos “fantasmas” mais visíveis da ditadura militar, instalada a partir de 1964 e que

⁷⁷⁷ ELBERT, 2002, p. 245-53. Afirma o autor que “As consequências da militarização policial com ressonância sobre os procedimentos de desalojamento das invasões é a estruturação de unidades de polícia onde um modelo de operação agressivo tem ampla aplicação. Cabe agregar que o modelo militar implica a preparação de indivíduos para a guerra, dentro de cânones bem pouco elásticos. Dispara-se primeiro, pergunta-se depois. Os contrários não são cidadãos, mas objetivos ou inimigos. Não há interesse algum pela salvaguarda dos direitos e liberdades da população, pois essa é uma consideração alheia à natureza da atividade militar. Os recursos do diálogo ou da negociação não têm lugar”.

⁷⁷⁸ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático)**. 3.ed. reescr. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b, p. 32.

⁷⁷⁹ WAGNER, Carlos. Brigada Militar aposta na militarização de sua estrutura. **Jornal Zero Hora**. Edição publicada no dia 17.03.04. Porto Alegre, 2004, p. 34. Segundo o autor, na época “A Brigada Militar (BM) volta a apostar na militarização da sua estrutura administrativa como maneira de aumentar a eficiência no combate à criminalidade, racionalizando recursos e colocando mais efetivo nas ruas”.

vigiu até 1985, no Brasil. Esse período de exceção e arbítrio consolidou a lógica militarizadora nos aparatos estatais de Segurança Pública no Brasil, uma vez que as polícias (militar e civil) foram doutrinadas conforme os manuais da Ideologia de Segurança Nacional.⁷⁸⁰

Criticando essa situação e as especulações sobre a implantação do chamado “ciclo completo de polícia” – que militarizaria ainda mais o sistema - sobre o qual já dissertamos, é relevante trazer o ponto de vista expresso no Boletim do IBCCRIM:

Na ditadura militar (de 1964 a 1985), criou-se uma estrutura de segurança do Estado que teve como traços marcantes a simbiose entre os órgãos de segurança estaduais e as Forças Armadas federais, bem como a entrega do policiamento a corporações militares locais, caracterizadas como “longa manus” de um poder político-militar central. Lograva-se, assim, com traumas às liberdades individuais, um controle repressivo que, por décadas, arbitrariamente ceifou vidas, liberdades e direitos.⁷⁸¹

Aqui no Rio Grande do Sul o Poder Militar, após várias investidas, conseguiu ter atribuições de Polícia Judiciária nas infrações de menor potencial ofensivo, através da Portaria n.º 172, de 16 de novembro de 2000, da Secretaria de Justiça e Segurança. Entendemos que essa portaria, conforme os fundamentos que já expressamos no capítulo anterior, é inconstitucional, uma vez que afronta o paradigma constitucional de investigação criminal. É verdade, por outro lado, que a jurisprudência diverge sobre esse tema.⁷⁸²

A Constituição é um “mero detalhe”, insignificante, em relação à ideologia militarizadora que cada vez quer mais poder – e, em regra, consegue - como esse fato demonstra. Agora querem o poder de lavar flagrantes e conduzir formalmente investigações,

⁷⁸⁰ CARVALHO, 2006b, p. 33-4.

⁷⁸¹ BOLETIM IBCCRIM. **Ciclo Completo de Polícia**: ou a indevida investigação legal. n. 199, jun. 2009.

⁷⁸² O STF, na ADI 3.614, sob a Relatoria da Min. Carmen Lúcia, por maioria, entendeu que é inconstitucional ato que outorga poder de Lavar Termos Circunstanciados a outras autoridades, além da Polícia Civil; O TJRS, no AGI 597061829, tendo como Relator o Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em 1997 e, na Apelação 599249018, sob a relatoria do Des. Pedro Luiz Rodrigues, em 2000, ambas na 1.ª Câmara Cível, entenderam que a lavratura de Termos Circunstanciados é atribuição da polícia judiciária. Temos manifestações no mesmo sentido do TACrimSP, RSE1.333.219/3, Rel. Des. Samuel Júnior, v.u., 2002 e TJRJ, Aviso n.º 50/2007, da relatoria do Des. José Carlos Schmidt Ribeiro. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 70014426563, impetrada pela Associação dos Delegados de Polícia do RS, contra a Portaria 172/00, da SJS, a qual conferiu poderes de registro de ocorrências e de lavar Termos Circunstanciados à Brigada Militar, o Pleno do Tribunal do Justiça do RS, por maioria, manifestou pela constitucionalidade desse ato administrativo do Poder Executivo, julgando a ação improcedente. Essa é a Ementa do Acórdão: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA DA SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA. ART. 69 DA LEI N.º 9.099-95. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA À BRIGADA MILITAR COM ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 129 E 133 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ATO REGULAMENTAR. HIPÓTESE SUJEITA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR QUALQUER AUTORIDADE INVESTIDA EM FUNÇÃO POLICIAL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO PARA O ATO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO”. Mas o julgamento não foi unânime, sendo que os Desembargadores Maria Isabel de Azevedo Souza, Antonio Carlos Netto Mangabeira, Araken de Assis, Danúbio Edon Franco, Ranolfo Vieira e Paulo Moacir Aguiar Vieira votaram pela inconstitucionalidade do ato. Foi impetrado Recurso Especial contra a decisão, que ainda pende de decisão.

também nos crimes de maior potencial ofensivo, o famigerado “Ciclo Completo de Polícia”.

Na realidade, as polícias militares têm seus “setores de inteligência” – aqui chamado de P2 - que nada mais são na prática, do que seções de investigações dissimuladas. Atuando à margem da lei, os setores de inteligência das polícias militares procedem à apuração de quaisquer fatos que lhe interessem – inclusive não militares - sem nenhum controle.

Em absoluto desvio de função, os policiais militares registram ocorrências; investigam delitos; representam por medidas cautelares – mandados de busca e até prisões preventivas - bem como participam, como investigadores, das chamadas “forças-tarefas” contra o crime organizado. Pelo que menos se interessam e fazem, ao que nos parece, é policiamento ostensivo.

Indício de que não é policiamento ostensivo que essas organizações militares realizam – não é a sua prioridade - é a circunstância inusitada de haverem, em regra, mais policiais militares nos quartéis do que nas ruas. Tal fato foi amplamente noticiado na mídia do Estado. No dia da reportagem, em Santo Ângelo, por exemplo, 97 policiais militares estavam nos quartéis e apenas 20 faziam policiamento na rua. Em Passo Fundo, o quadro era ainda pior, pois 154 policiais militares estavam nos quartéis, enquanto apenas 38 patrulhavam as ruas.⁷⁸³

A ideologia militarizadora e o seu discurso, bem orquestrado, pressionam instituições e desmoralizam qualquer tentativa de impor limites a sua sanha por poder. Conseguem convencer a opinião pública de que tudo não passa de desavenças corporativas. Mas isso é um erro, conforme muito bem pontua o Editorial do Boletim do IBCCRIM:

Atualmente, a tibieza do legislador e a indiferença ministerial e judicial têm alimentado as corporações militares estaduais, com o objetivo de implantar o denominado “ciclo completo de polícia”. Busca-se reunir as tarefas do policiamento ostensivo com funções próprias de investigação criminal, concentrando-as numa única instituição policial. Tal modelo, vale dizer, o rompimento da partição de atribuições – e salutar fiscalização mútua dela decorrente – entre as agências estatais civis e as militares, estas detentoras da força e da missão da segurança pública. O grande equívoco tem sido tratar a disciplina legal de atribuições investigatórias como meras desavenças corporativas. A muitos parece que a pretensão militar à investigação criminal, hoje legalmente com sua congênere civil, seja relegada ao palco das disputas institucionais policiais, e não que seja tratada com a seriedade científico-legislativa como é desejável.⁷⁸⁴

⁷⁸³ JORNAL ZERO HORA. **Há mais PMS nos quartéis do que nas ruas.** Edição publicada de 13.03.08. Porto Alegre, 2008. Conforme a reportagem, o então Comandante-Geral da Corporação Coronel, Nilson Bueno, disse que “Essa distorção nos quartéis da BM é uma vergonha que pretendo acabar”. Mas o Coronel Nilson Bueno não conseguiu modificar esse quadro. Pelo contrário, não muito tempo depois ele foi exonerado da função, por conta de pressões internas, mormente em virtude dessa posição quanto às distorções da corporação.

⁷⁸⁴ BOLETIM IBCCRIM. **Ciclo Completo de Polícia:** ou a indevida investigação legal. n. 199, jun. 2009, p. 1.

Alguns Estados da Federação que cometeram esse erro já estão revendo a posição. O Estado de São Paulo, por exemplo, retirou da Polícia Militar o poder de registrar ocorrências de delitos de menor potencial ofensivo. O motivo, entre outros, para a mudança, segundo o novo Secretário de Segurança daquele Estado, o procurador de Justiça e ex-policia militar Antonio Ferreira Pinto, é de que esta função é da Polícia Judiciária.⁷⁸⁵

Entretanto, em outros Estados do Brasil, e, particularmente, no Rio Grande do Sul, embora a separação clara de funções seja prevista na Constituição Federal e também na Estadual, a Polícia Militar ostensiva, por uma portaria (SJS N.º 172/00) do Poder Executivo, ganhou poderes investigatórios. Causa-nos mais surpresa ainda o fato disso ocorrer com a complacência e até com o aval de setores do Ministério Público e do Poder Judiciário, conforme mencionamos.

Esse tema deve se avaliado com profundidade, preferencialmente sem paixões corporativas. Todavia, não se pode menosprezar essa ideologia militarizadora, corporificada na sociedade civil brasileira pelas polícias militares, a qual, como muito bem evidenciou Zaffaroni, é assustadoramente real. Essa ideologia, a nosso ver, no caso do Brasil, já possui um poder demasiado para um Estado Democrático de Direito. Porém ainda quer mais.

Além disso, quando se fala em eficiência do serviço público de segurança, temos de analisar o custo-benefício da existência das instituições envolvidas nessa função. Precisamos pesar, por exemplo, o custo benefício para manutenção duma corporação totalmente militarizada – com toda a sua cadeia hierárquica burocratizada e rígida - desempenhando uma função eminentemente civil, que é o policiamento ostensivo. Mas parece que a tendência é aumentar os custos e reduzir os benefícios, pois agora também as policiais militares já realizam – em duplicidade de funções -, tarefas de Polícia Judiciária em crimes comuns.

Há outro elemento que pensamos contribuir para a desestruturação do sistema de investigação preliminar no país, qual seja, o de que talvez a própria sociedade, bem como a intelectualidade, não consigam vislumbrar o aparato de segurança pública também como meio de garantia de direitos fundamentais e sim como braço armado do “príncipe” e da elite social do momento.

Mas a segurança pública no Estado Democrático de Direito visa certamente à garantia de direitos dos cidadãos. Pode-se ir além nessa constatação, conforme defende Santin: o direito à segurança é por si só uma das garantias do cidadão.⁷⁸⁶

⁷⁸⁵ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. (ASDEP-RS). Disponível em: <<http://www.asdep.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2009.

⁷⁸⁶ SANTIN, 2004, p. 86-8.

Na verdade, a questão de segurança no Brasil, após a redemocratização, foi abandonada, relegada a um plano secundário. Segundo Soares, os conservadores não admitiam que ela deixasse de ser autoritária. Já os progressistas não queriam nem ouvir de polícia depois de anos sendo perseguidos pelo sistema.⁷⁸⁷

O sistema de segurança pública está atrelado aos interesses de governos e não do Estado Democrático de Direito, pois a política criminal é “de ocasião”. Sem planejamento adequado, tais políticas casuístas oferecem apenas uma aparência de segurança, as quais via de regra, tendem a investir em policiamento de força e não de inteligência. Paradoxalmente, do outro lado, o chamado crime organizado utiliza-se de inteligência para práticas de condutas ilícitas.⁷⁸⁸

Certos aparelhos do Estado e alguns agentes públicos, por equívocos na compreensão e na condução da política criminal, atuaram à margem da legalidade. Isso ocorreu mormente quando da ruptura política, amparados pela equivocada vinculação com o Poder Executivo. A ruptura política foi superada, mas essa equivocada vinculação ainda persiste e causa problemas até os dias atuais, no nosso ordenamento jurídico.⁷⁸⁹

Importa ressaltar que o Poder Executivo, ao ser cobrado sobre a desestruturação do aparato investigatório, demonstra-se renitente a aceitar desvinculação da Polícia Judiciária. A ideia, por exemplo, de se deslocar a Polícia Judiciária para outro poder de Estado - ao próprio Judiciário - não é bem recebida. Na verdade, setores das próprias corporações, já viciadas com o tráfico de influências e favores, típicas do poder político, também resistem.

Nesse sentido, enfocando os sistemas penais sul-americanos, Elbert⁷⁹⁰ enfatiza:

Em realidade, o problema central e insolúvel de nossos sistemas penais foi – e continua sendo – a *impossibilidade de estruturar polícias realmente subordinadas ao controle judicial* na investigação dos feitos criminais. Como regra geral, a instituição policial mantém, com persistência e habilidade, uma luta surda para sabotar qualquer projeto nesta direção, porque retiraria parte de seu pessoal da verticalidade institucional rígida, arbitrária e onipresente, gerando uma espécie de “desnaturalização” do modelo desejado. [...]. A pressão policial constante para impedir qualquer compromisso hierárquico que a tire da órbita dos poderes executivo reflete-se na superabundância de legislação *declamatória* sobre uma polícia judiciária que não se corporativiza nunca no plano federal.

⁷⁸⁷ SOARES, 2006, p. 111.

⁷⁸⁸ GIACOMOLLI, 2006, p. 296.

⁷⁸⁹ BOLETIM IBCCRIM. **Ciclo Completo de Polícia:** ou a indevida investigação legal. n. 199, jun. 2009, p. 1. Em face desses e de outros problemas, o editorial defende a desvinculação da polícia investigativa do Poder Executivo, citando Ferrajoli: “Não por acaso defendeu Luigi Ferrajoli devesse a polícia investigativa ser apartada do Executivo e albergada pelo Poder Judiciário”.

⁷⁹⁰ ELBERT, 2002, p. 248-9.

Refere ainda o autor que, se por um lado, o novo Código de Processo Penal da Argentina, de 1991, na exposição de motivos, expressava que se deveria deixar a polícia preventiva (ostensiva) vinculada ao Poder Executivo, tinha outra proposta à polícia de investigação. Asseverava, aquela lei, que era necessária a criação de outro corpo policial, que atuasse com o Poder Judiciário, com uma metodologia científica. No entanto, conforme o autor, o legislador disse que a grave crise econômica tornava impraticável o desdobramento.⁷⁹¹

Como já expressamos, o quadro no Brasil não é muito diferente daquele vivido na Argentina. Aqui também, equivocadamente, as polícias judiciárias estão vinculadas ao Poder Executivo. A diferença é que aqui há um desdobramento das funções de prevenção (polícia ostensiva) e de repressão (Polícia Judiciária ou investigativa), inclusive com previsão expressa no texto Constitucional Federal (art. 144 e parágrafos).

Para se ter uma noção do nosso atraso nessa seara, já em 1931, no sistema norte-americano de segurança pública, tinha-se consolidado a proposta do isolamento contra a ingerência política externa das instituições policiais. A partir daí, segundo Dias Neto⁷⁹², houve mudanças na estrutura das corporações policiais:

Novos arranjos organizacionais foram concebidos no intuito de isolar a instituição policial de pressões políticas, concedendo-lhe maior autonomia em relação aos mecanismos de controle externo (administrativos, legislativos e judiciais) e vinculando suas decisões a critérios estritamente técnicos. Os chefes de polícia passaram a ter estabilidade e autonomia asseguradas por mandatos fixos, muitas vezes vitalícios. Em certas jurisdições, os representantes eleitos (prefeitos e vereadores) perderam não somente o poder de destituição do chefe de polícia, como também o poder de indicação, que passou a ser exercido por conselhos independentes.

É verdade que o sistema norte-americano sofreu alterações depois disso, em face de problemas decorridos do novo modelo. Mas a essência foi mantida quanto ao afastamento da ingerência política, profissionalização dos corpos policiais e critérios técnico-científicos no atuar da polícia.⁷⁹³

No Brasil, atualmente, existem ideias que vão à contramão de restringir-se a influência do Poder Executivo sobre a investigação criminal. Alguns propõem desconstitucionalizar as polícias e, portanto, acabar com o Paradigma Constitucional de Investigação Criminal. Argumentam, para tanto, que tal medida seria um avanço, pois cada Estado membro poderia

⁷⁹¹ ELBERT, 2002, p. 249.

⁷⁹² DIAS NETO, Theodomiro. **Policiamento comunitário e controle sobre a polícia**. A experiência norte-americana. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10-11.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 15-17.

cria o modelo que bem lhe aprouvesse.⁷⁹⁴ Pensamos que isso seria um erro, uma vez que a investigação criminal ficaria ainda mais vinculada e dependente do poder político local.

De qualquer sorte, entendemos que se deve ir na direção totalmente oposta da visão política sobre a polícia investigativa. Talvez seja o momento de pensarmos em uma Polícia Judiciária menos vulnerável à ingerência político-ideológica, a qual acomete o Poder Executivo, dando-lhe mais autonomia administrativa ou a deslocando para outro ente estatal, qual seja, o Judiciário.

Uma medida positiva, nesse sentido, seria a promulgação de legislação federal a respeito da Polícia Judiciária. Porém existe uma forte resistência à aprovação da Lei Orgânica da Corporação, sendo que os projetos com esse tema tramitam desde 1993 no Congresso Nacional, sem que nenhum deles fosse aprovado.⁷⁹⁵

Relevante da mesma forma seria o reconhecimento da Polícia Judiciária - investigação criminal preliminar - como função essencial à justiça criminal. Importante também seria a afirmação constitucional – como houve até Emenda Constitucional n.º 19/98 – da função de Delegado de Polícia como carreira jurídica. Parece-nos tranquila a afirmação de que a Polícia Judiciária e a carreira de Delegado de Polícia, por meio de investigação preliminar, fazem parte do aparato estatal de administração da Justiça Criminal.⁷⁹⁶

Ressaltando a essencialidade da investigação preliminar para a Justiça Criminal, Tovo⁷⁹⁷ afirma que:

⁷⁹⁴ SOARES, 2006, p. 150-1.

⁷⁹⁵ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=365881>. Acesso em: 20 out. 2009. O primeiro projeto de lei referente ao tema - n.º 4371/93 – foi apensado ao projeto de lei n.º 1949/07, de iniciativa do Poder Executivo Federal, sendo que este instituiu a “Lei Geral da Polícia Civil”, a qual disciplina a organização e funcionamento das polícias civis dos Estados e Distrito Federal. A última movimentação do projeto foi em 19/3/09, quando a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), determinou a devolução do mesmo à Coordenação de Comissões Permanentes (CCP).

⁷⁹⁶ LOPES, Fabio Mota; PADILHA, Antônio Carlos Pacheco. **Delegados de Polícia**: integrantes das Carreiras Jurídicas. Porto Alegre, 2009. p. 11. Associação dos Delegados de Polícia do RS. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br/>>. Acesso em: 20 out. 2009a, p. 11. Disponibilizado no site da ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. (ASDEP-RS). Disponível em: <<http://www.asdep.com.br/>>. Acesso em: 13 out. 2009. Os autores afirmam que, na verdade, expressamente nenhuma carreira, como jurídica, veio ou vem normatizada na Constituição Federal. Ainda que: “Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado pela EC 45/04, na Resolução n.º 11/2006, no art. 2.º, estabelece o que seja *atividade jurídica*: “Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, inclusive de magistério superior, que **exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico**, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer atividade anterior à colação de grau”. Além de enumerar diversas funções do delegado que exigem saber jurídico os autores citam a ADI 3.460 e 3.614/PR, do STF, as quais afirmam o caráter jurídico da carreira de delegado de polícia.

⁷⁹⁷ TOVO, 2008, p. 114 e 132-3.

De qualquer modo, não há dúvida de que a finalidade última da investigação formal chamada inquérito policial é ministrar elementos para que o titular da ação penal possa acusar o autor do crime e/ou da contravenção. [...] Eis aí a única solução em fidelidade aos princípios de concretude ou concretude de acusação e, digamos assim, o de *nulla acusatio sine previa investigatione*, aplicáveis a todo e qualquer processo penal condenatório, sob pena de ficar-se à mercê de acusações temerárias, louvadas apenas na *notitia criminis* não averiguada. [...] Em suma, no processo penal condenatório há uma verdadeira trilogia, entre *investigação, acusação e condenação*, as quais estão intimamente ligadas pelo princípio da congruência.

Embora se possa teorizar em sentido contrário, constata-se que, na prática, a investigação preliminar criminal é essencial para a concretude do processo penal. Ou seja: não havendo investigação criminal, dirigida pelos delegados de polícia, não haverá processo penal. Também não haverá a condenação dos responsáveis pelos delitos, por isso a essencialidade da investigação preliminar criminal para a realização da Justiça na seara criminal.⁷⁹⁸

Destarte, parece-nos que em relação à denunciada ineficácia na apuração dos delitos, por parte da Polícia Judiciária, há vários fatores a serem considerados. Devemos começar pelo questionamento do modelo de política criminal, o qual nitidamente dá mais atenção ao policiamento ostensivo do que à investigação criminal. Também deve ser considerado o estresse pelo acúmulo de serviço, facilmente evidenciado, tendo em vista a crescente demanda de serviço e a flagrante diminuição do efetivo, conforme demonstrado pelos dados analisados.

Nesse sentido, é importante mencionar a colocação de Wacquant, o qual afirma que mesmo nos Estados Unidos, onde a polícia e o sistema de justiça são dotados de meios colossais, sem nenhum padrão comum com seus homólogos brasileiros, o sistema de justiça penal trata apenas de uma ínfima parte dos atentados mais graves. Segundo o autor, a justiça criminal norte-americana alcança apenas 3% dos crimes de sangue punidos com pena de prisão.⁷⁹⁹

Também há que ser considerada a baixa remuneração e qualificação dos servidores das corporações policiais. Conforme afirma Zaffaroni⁸⁰⁰, em geral as agências policiais são integradas por pessoas recrutadas dos segmentos carentes da população, isto é, dos mesmos setores nos quais se produzem a vitimização e a criminalização. Vejamos as colocações do autor:

Em síntese: se por um lado, em função do estereótipo, o policizado é visto como um corrupto, por outro lado, pelas exigências do papel, espera-se que ele se comporte como um psicopata. [...] A isto deve acrescentar-se que as classes médias latino-americanas veem o policizado como um emergente das classes carentes e, frequentemente, têm preconceitos raciais a seu respeito. Cabe ressaltar que os setores mais progressistas de nossas classes médias não escapam dos preconceitos referidos, embora atenuem seus excessos racistas.

⁷⁹⁸ LOPES; PADILHA, 2009, p. 11.

⁷⁹⁹ WACQUANT, 2001, p. 12.

⁸⁰⁰ ZAFFARON, 2001, p. 138 -9.

Essas ideias e fatos nos conduzem a pensar que a desestruturação da investigação criminal talvez seja proposital. Diante de tais “equivocos” da política criminal, há que se questionar se realmente existe interesse das elites brasileiras em uma Polícia Judiciária desvinculada do Poder Executivo e realmente eficaz.

Nesse diapasão, é possível mesmo que o inquérito policial e a Polícia Judiciária, sob o ponto de vista teórico, não atendam a demanda a que se propõem, qual seja, produzir um investigação pré-processual eficaz. Todavia há indícios de que tal situação não decorre somente de problemas de gerenciamento interno, tendo-se de levar em conta as questões político-ideológicas, as quais estão diretamente ligadas à desestruturação do sistema, conforme apresentado.

Portanto, há que se questionar até que ponto a desestruturação e as propaladas ineficácia, corrupção e violência institucional, as quais acometem o nosso órgão encarregado de proceder à investigação dos delitos, são meramente causados por problemas econômicos ou corporativos.

Diante do quadro apresentado, pensamos que é possível a conclusão de que não há um interesse muito grande da política criminal para com a investigação criminal. Tal circunstância, proposital ou não, vem ao encontro dos interesses das nossas elites, inclusive de dirigentes políticos. Isso talvez aconteça em razão de seus comprometimentos espúrios que, muitas vezes, implicam os partidos e os políticos, como os recentes casos de corrupção institucionalizada, revelada na esfera federal e estadual (escândalos dos cartões corporativos, DETRAN-RS).⁸⁰¹

Na verdade, ao contrário do que declaram nossas elites, parece que há uma reunião de esforços no sentido de que a investigação criminal continue a funcionar com limitações. Interessa a elas que se continue a investir em modelos de segurança pública seletivos, com um viés notadamente criminalizador e voltado à perseguição da criminalidade de rua, como é o caso do policiamento ostensivo, ou seja, de perseguição e criminalização da pobreza.

Isso muito bem se evidenciou no “cerco” que se fez ao Juiz Federal que atuou no caso, bem como à Polícia Federal na operação, em que foram presos o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito Celso Pitta e o especulador Naji Nahas. No final das contas, quem estão sendo investigadas são as autoridades.

⁸⁰¹ JORNAL ZERO HORA. **Política.** *Operação Rodin.* Força-tarefa vai analisar documentos. Edição publicada no dia 22.11.09. Porto Alegre, 2007., p. 6. Segundo a reportagem, “A Operação Rodin, que apura a suposta fraude contra o Departamento Estadual de Trânsito (Detran), entra em uma nova fase de trabalho com a formação de uma força-tarefa para acelerar as investigações. Conforme o delgado da Polícia Federal (PF), Gustavo Schneider, que preside o inquérito, existe uma tonelada de papéis, além de arquivos de computador e extratos bancários que precisam ser analisados por especialistas.” A investigação apura o desvio de cerca de R\$ 40 milhões da autarquia entre 2003 e 2007.

Parece-nos evidente que, com investimento maciço em policiamento ostensivo e desleixo com a atividade investigatória, não é possível reprimir a “nova” criminalidade, mormente a organizada. Tampouco os crimes de “colarinho branco”, que assim se mencionou, para os quais deveria estar voltado o sistema penal e a política criminal da atualidade.

Sobre a necessidade de se investigar os delitos e criar um “verdadeiro poder civil de investigação”, Binder⁸⁰² afirma que:

[...] Existen también otras formas irracionales de afrontar el problema: por ejemplo, cuando se percibe toda la actividad de persecución de los delitos como algo malo, como un resabio intocable del “Estado Policial” que se debe ser destruido o, por lo menos, anatematizado. [...] todos estos prejuicios ocultan dos verdades importantes. [...] oculta también, que ningún sistema procesal funciona correctamente si no cuenta con un verdadero sistema de investigaciones. Por esa razón, un principio básico de cualquier reforma procesal penal es que debe preocuparse por establecer un auténtico poder de investigación: que tenga capacidad real para investigar los delitos, que utilice los instrumentos del Estado de Derecho; que sea, en consecuencia, respetuoso de los principios constitucionales y la dignidad de la persona y que esté sometido a un verdadero control por parte de los poderes democráticos.

É exatamente nesse contexto de sociedade do risco - ao lado da crise do Sistema Penal como um todo - ganha ênfase o tema denominado “Crise do Inquérito Policial”. Essa é a tônica da discussão relativa a sistemas de investigação preliminar no processo penal no Brasil, sendo grande o número dos defensores de sua extinção e a adoção de outro sistema.

Mas a questão, como vimos, é mais complexa do que parece, pois a crise parece-me que também é do modelo de política criminal, mormente na seara da Segurança Pública. A questão é bem mais ampla do que substituição do modelo teórico e da figura do presidente das investigações. Conforme bem pontuou Giacomolli, isso não resolve essa grave crise, tampouco faz a necessária humanização do processo penal.⁸⁰³

4.3 CRÍTICAS À METODOLOGIA INVESTIGATIVA

Não obstante o inquérito policial seja o procedimento investigatório preliminar mais utilizado no Brasil, estabelecer precisamente o seu rito, em termos de forma legal, não é tão simples como deveria, uma vez que o Código de Processo Penal não o detalha com exatidão.

⁸⁰² BINDER, 1997, p. 143-4.

⁸⁰³ GIACOMOLLI, 2006, p. 296.

Um exemplo é a questão da colheita da prova indiciária do procedimento que não é delineada a contento, sendo necessário utilizar-se o capítulo referente à prova judicial, a partir do artigo 156, Código de Processo Penal. De qualquer sorte, o artigo 6.º, do Código de Processo Penal, traz algumas diligências investigatórias a serem realizadas no inquérito policial pela autoridade policial.⁸⁰⁴

Em relação à técnica investigatória - a metodologia empregada em relação aos fatos mais corriqueiros a serem apurados - deve ser direcionada, fundamentalmente, ao esclarecimento de alguns pontos-chave quanto ao evento, tais como: Quem? (quem é a vítima, o autor e a quem interessa o crime); Quê? (que aconteceu, a natureza do fato: homicídio, suicídio, roubo, extorsão mediante sequestro, etc); Onde? (local onde ocorreram os fatos); Com quem? (autor, vítima, outros); Por quê? (motivos); Como? (de que modo ocorreu, detalhes); e Quando? (tempo).⁸⁰⁵

Importa salientar que o Brasil não possui ainda, em termos teóricos, uma metodologia clara e definida de investigação. Em relação aos aspectos jurídicos – forma legal -, embora a lei não seja clara como deveria, existe uma doutrina razoável sobre o assunto. Todavia, quanto à técnica investigatória – como apurar - a literatura é escassa. Existem técnicas e metodologias, mas elas ainda estão dispersas na práxis diária da atividade policial.⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ MARQUES, 2000, p. 162.

⁸⁰⁵ ROCHA, Carlos Luis. **Investigação policial: teoria e prática**. 2.ed. ver. ampl. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 78.

⁸⁰⁶ MENDRONI, 2002, p. 290-297. O autor faz a recomendação **de 12 (doze) passos** – as quais complementamos com nossa experiência profissional -, **para a sequência da investigação**: 1. Análise geral: definição das diligências iniciais; forma de investigação (burocrática e/ou de campo); 2. Seleção de informações: a) identificação do problema; b) seleção do campo de atuação; 3. Checagem das informações; 4. Busca de informações complementares; 5. Estratégia preliminar – priorizar caminhos; 6. Busca de dados complementares; 7. Sequência da estratégia – análise de cada passo; 8. Avaliação de cada passo da investigação: a) imprescindibilidade das diligências; b) momento da produção da evidência; c) possibilidade de vazamento; 9. Investigação de campo: a) campana (uso de binóculo); b) obtenção de informações através de informantes; c) fotografias de locais e pessoas; d) filmagens de locais e pessoas; e) gravações telefônicas; f) gravações clandestinas; g) interceptação telefônica (mediante autorização judicial); h) interceptação ambiental (local público) de conversas (com autorização judicial); i) obtenção de documentos e evidências informalmente; j) buscas e apreensões autorizadas pela justiça; l) infiltração policial; m) ação policial controlada (conveniência e oportunidade da intervenção policial em relação aos investigados); 10. Oitivas de pessoas; 11. Complementação de documentos (busca de evidências, por exemplo na lixeira do investigado, etc.); 12. Montagem de tabelas, quadros e gráficos (utilização de *softwares*), para compilação de evidências, cruzamento de dados e correlação de fatos e pessoas. São fontes de informações para essa diligência as seguintes: a) órgãos públicos e particulares: 1- DVC – PRODESP; 2- Receita Federal; 3- Dados Bancários; 4- Secretaria da Fazenda; 5- Cartórios de Registros Públicos; 6- Junta Comercial; 7- DETRAN; 8- Companhias telefônicas – dados completos; 9- Companhias de Seguros; 10- Companhias de Assistência Médica; 11- Companhias aéreas; 12 – BOs – do bairro onde o investigado morou; 13- Polícia Federal; 14- TRE: a) de político ou candidato: declaração de bens, endereço, título de eleitor; b) do eleitor: dados constantes; 15- Companhias de cartões de crédito – locais e gastos; 16- Companhias de água e luz, gás...; 17- Cadastros em lojas grandes; 18- Institutos de identificação: dados gerais. b) Formação da base de dados: 1- Nomes e apelidos; 2- Codefensores; 3- Endereços; 4- Espécie de crimes praticados; 5- Veículos e placas utilizadas; 6- Membros da família (apelidos) – mulheres, amantes, namoradas [...]; 7- Amigos e conhecidos; 8- Associações – registradas ou não 9- Penhores, hipotecas; 9- Resumo do fato investigado.

Segundo o Manual de Informações Técnicas e Coleta de Evidências, alguns investigadores equivocam-se ao não fazer uma abordagem equilibrada das evidências na investigação do crime:

Uma abordagem equilibrada da investigação criminal deve ser dupla. Isto é, ela deve se relacionar tanto com as pessoas quanto com as coisas envolvidas no crime. O investigador policial, assim como o escritor de estórias de detetives, preocupam-se primeiramente com as pessoas. Suas falhas são frequentemente causadas pelo fato de não possuírem consciência suficiente do enorme potencial das evidências físicas.⁸⁰⁷

Em razão disso, passamos a enfocar alguns aspectos que consideramos relevantes na coleta de informações da investigação criminal, tanto sob o aspecto da forma legal, como na forma de apurar. Alguns são básicos, mas outros, como a infiltração policial e a interceptação de comunicações telefônicas, podem ainda ser considerados novos métodos de investigação, pelo menos para os brasileiros.

4.3.1 Depoimentos

Em relação à metodologia de tomada dos depoimentos a serem colhidos na fase pré-processual, há que se diferenciar duas searas. A técnico-jurídica, a qual está relacionada aos fundamentos legais – forma legal - de como proceder nas oitivas e aquela relativa à técnica investigatória – forma de apurar.

Quanto às questões jurídicas, o nosso Código de Processo Penal determina a colheita de todas as provas relativas ao fato e oitiva de pessoas – artigo. 6.º, III, IV e V. O inciso III trata-se de norma ampla, a qual dá poder à autoridade policial de agir livremente na busca de quaisquer provas relativas à apuração do fato sob investigação, obviamente que respeitadas as normas garantidoras da Constituição Federal e das leis, paradigma constitucional de investigação criminal.

Nessa disposição genérica está incluída, por exemplo, a possibilidade de serem ouvidas as testemunhas do fato no inquérito policial, uma vez que a tomada do depoimento da vítima e do investigado estão previstas nos incisos IV e V, do artigo 6.º, do Código de

⁸⁰⁷ BRASIL. **Manual de Informações Técnicas e Coleta de Evidências da TSL**, Sistemas Tecnológicos de Segurança: materiais e equipamentos para Polícia Técnico-Científica. Belo Horizonte, MG, 1997, p. 9. Ainda, de acordo com o manual, quanto as evidência físicas importa saber: “a) o que é evidência física; b) como colhê-la e preservá-la; c) como obter dela a informação que ela encerra; d) como interpretar a informação assim obtida”.

Processo Penal. Quanto ao depoimento do investigado, já foi estudo no capítulo anterior.

Conforme dispõe o Código de Processo Penal, tanto em relação à vítima como em relação às testemunhas, a autoridade policial tem poderes para determinar a condução coercitiva, caso elas, injustificadamente, não atenderem a intimação para comparecimento e oitiva. Em relação à vítima, a norma processual penal confere poder à autoridade policial que, além da condução coercitiva, pode representar a autoridade judicial pela sua busca e apreensão, artigo 240, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Por aplicação analógica do artigo 219, do Código de Processo Penal, à etapa da investigação preliminar pré-processual, a testemunha que faltar à intimação da autoridade policial poderá responder pelo delito de desobediência do artigo 330 do Código de Processo Penal. Dessa análise da legislação, conclui-se que não existe uma disposição clara da lei sobre como proceder na oitiva de pessoas na investigação. Isso remete o investigador a utilizar a parte do Código que se relaciona à fase judicial – circunstância que não é adequada.

Outro enfoque a ser considerado na questão dos depoimentos da investigação policial diz respeito à técnica ou metodologia investigativa – técnica de como apurar. Como já frisamos, obviamente, a técnica investigatória dos depoimentos está subordinada aos princípios constitucionais e legais de formação probatória. Entretanto há elementos da técnica investigatória que podem e devem ser seguidos.⁸⁰⁸

Em relação ao momento oportuno das oitivas, o mais aconselhável é aquele no qual o investigado já tenha conhecimento de que está nesta condição – suspeito da autoria - uma vez que nessa fase será mais difícil a realização de outros meios de prova, como, por exemplo, a arrecadação de documentos. Nesse momento da apuração do fato, o investigado, por ter conhecimento da sua situação, procurará fazer desaparecer a prova documental, restando ao investigador trabalhar no sentido da colheita dos depoimentos.

Partindo-se desse pressuposto, têm-se como boas fontes de informações e potencial informativo as eventuais testemunhas do fato, vítimas, amigos da vítima e do suspeito, sócios, ex-sócio, ex-amigo, ex-mulher, ex-amásia/namorada, parentes com relações rompidas, inimigos do suspeito e amigos do inimigo do suspeito. Ainda poderão ser importantes depoimentos a serem trazidos à investigação: os do cossuspeito; os das pessoas que

⁸⁰⁸ BRASIL. **Manual de “técnicas de entrevista e interrogatório”**, da TREINASP, da Segurança Pública. Ministério da Justiça, fornecido durante curso ministrado em Gramado/RS, no período de 27 a 31 de março/2006. A técnica investigatória prática de oitiva de pessoas pode diferir do ritual formalístico do Código de Processo Penal, com uma atuação informal no levantamento de dados preliminares. É o que se propõe no Manual de “Técnicas de Entrevista e Interrogatório”, da TREINASP. Nesse manual recomenda-se sempre uma “entrevista” informal com o depoente, seja testemunha ou investigado. Esse sistema é espelhado no modelo norte-americano utilizado pelo Federal Bureau of Investigation (FBI).

trabalharam com o suspeito; os vizinhos e ex-vizinhos do investigado e da vítima.⁸⁰⁹

Além dessas pessoas ligadas diretamente ou indiretamente à vítima e ao autor, a ouvida de outras pessoas pelo investigador, conforme acentua Carlos Rocha⁸¹⁰, torna-se relevante para a apuração do fato:

O sucesso de uma investigação depende muitas vezes da habilidade do policial de obter informações das pessoas da comunidade. No local do crime e em suas imediações, o policial deve esforçar-se para encontrar pessoas que possam fornecer alguma pista ou indicar algum suspeito ou testemunha. [...] porteiros e domésticas são fontes excelentes de informação, como taxistas, comerciantes (bares, padarias, quitandas, açougues etc.), jornaleiros, carteiros, entregadores, barbeiros, tintureiros, e qualquer outro profissional que tenha contato direto com as pessoas ou cujo serviço o obrigava a familiarizar-se com a vítima.

No caso da vítima ou pseudovítima, deve ser procurada logo após o fato, sendo num primeiro momento ouvida informalmente no local em que estiver longe de outras pessoas. Em alguns crimes – sexuais, por exemplo - as declarações da vítima, quando claras, coerentes e verossímeis com as demais evidências, podem se constituir na única prova que decidirá o curso da persecução criminal.⁸¹¹

Todavia, durante a ouvida, o investigador deve estar atento ao comportamento da vítima, levando em conta o seu sexo, idade, saúde e história de vida – traumas, antecedentes, etc. As declarações da vítima devem estar amparadas em outros elementos, sendo que a sua palavra isolada de pouco vale, mormente quanto ao autor do delito, caso não seja confirmada por outros indícios.⁸¹²

Em relação às pessoas, importa observar que qualquer sujeito pode ser ouvido nessa condição, mesmo os doentes, deficientes mentais e crianças, não obstante seus depoimentos devam ser vistos com reserva.⁸¹³ No entanto, tendo em vista a sumariedade do inquérito policial, não se deve perder tempo ouvindo pessoas que não tiveram contato direto com o fato – aquelas que só sabem o que outros disseram - ou que sejam somente abonatórias.⁸¹⁴

A primeira oitiva deve ser informal. A pessoa será instada, primeiramente, a falar o que sabe sobre o fato e depois a dar sua opinião acerca do crime investigado. O investigador deve demonstrar interesse em conhecer a testemunha, estabelecendo um diálogo de forma

⁸⁰⁹ MENDRONI, 2002, p. 295.

⁸¹⁰ ROCHA, 2003, p. 103.

⁸¹¹ SILVA, 2000, p. 204-5.

⁸¹² ROCHA, *op. cit.*, p. 104-5.

⁸¹³ LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal. Coleção direito processual penal.** (Coord.). PRADO, Geraldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 141.

⁸¹⁴ LOPES JR., 2008, p. 265-6.

educada com ela, com correção de atitudes.⁸¹⁵

Existem técnicas para estímulo da memória, uma vez que nossa mente possui limitações. Nem sempre percebemos os fatos com precisão, tampouco recordamos dos eventos corretamente.⁸¹⁶ É importante que se permita à testemunha expor os fatos a sua maneira, ajudando a lembrar ou corrigir enganos. A oitiva deve ser conduzida sempre para o objetivo que o investigador deseja.⁸¹⁷

Podem ser apontados como erros mais comuns a serem evitados na entrevista os seguintes: a) perguntas compostas – “O que você pode me dizer sobre o rosto dele? Ele era branco ou negro?”; b) perguntas negativas – “Você não se lembra se ele usava barba, não é?”; c) perguntas capciosas – “Você disse que olhou bem o carro. Era um carro verde?”; d) empatia insuficiente do entrevistador com o entrevistado; e e) insuficiência de pausas entre as perguntas.⁸¹⁸

O investigador deve estar atento às reações dos depoentes, as quais podem ser manifestadas por aquilo que falam ou pela expressão corporal – atitude tensa, braços cruzados ou olhar apreensivo. Todos esses detalhes devem ser observados e considerados. As

⁸¹⁵ ROCHA, 2003, p. 105.

⁸¹⁶ BRASIL. **Manual de “técnicas de entrevista e interrogatório”**, da TREINASP, da Segurança Pública. Ministério da Justiça, fornecido durante curso ministrado em Gramado/RS, no período de 27 a 31 de março/2006, p. 05-17. Segundo o manual “O entrevistado deve ter sua memória estimulada, buscando-se evitar o “Erro de Memória da “Falsa Atribuição”. Quando o que você pensa que viu pode não ser na verdade o que você viu quando você pensa que viu. São 6 (seis) os passos para se estimular a memória com eficácia: 1. Remoção de “Barreiras Emocionais”: “Como está se sentindo agora?”. “Há algo que eu possa fazer para resolver qualquer das suas preocupações ou para aliviar qualquer temor seu?”; 2. “Conte-me tudo” – adote o tom certo: “Não deixe nada de fora, mesmo que você ache que não seja importante. Às vezes, um detalhe que você imagine que não tem importância pode ser valiosíssimo para a investigação”; 3. Reconstrua as circunstâncias, colocando-se mentalmente de volta na cena, e usando todos os sentidos: visão, olfato, audição, paladar, tato; 4. Relembrar os eventos em uma ordem diferente: a) contar de novo os eventos em ordem reversa, a partir da última lembrança que tem; b) começar com lembrança que é mais clara para você relatar os fatos em ordem inversa, a partir desse momento; 5. Mudar as perspectivas: a) O que mais você poderia ter visto, se você fosse uma câmera de vídeo instalada na parede, na extremidade da sala? b) O que mais você poderia ter visto se fosse o autor?; 6. Recuperação específica - faça ao entrevistado perguntas diretas sobre o evento, recorrendo às experiências de vida dela mesma. Por exemplo: 1- “Ele lembra você de alguém que você conhece, ou de alguém que você tenha visto antes?”; 2- “Você disse que ele tinha uma voz que dava medo. Dava medo como?”; 3- “Você disse que ele era alto. Ele lembra você de alguém que tenha a mesma altura?”; e, 4- “Será que você consegue lembrar-se da placa do carro se pensar em qual era a cor, depois as letras, uma de cada vez [...] depois os números, um de cada vez?”

⁸¹⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 105.

⁸¹⁸ BRASIL. **Manual de “técnicas de entrevista e interrogatório”**, da TREINASP, da Segurança Pública. Ministério da Justiça, fornecido durante curso ministrado em Gramado/RS, no período de 27 a 31 de março/2006, p. 06-07. De acordo com o Manual, esses erros na condução da entrevista podem conduzir o entrevistado a responder da seguinte forma: “Não lembro de mais nada”; “Foi só isso que eu vi”; “Não consigo lembrar”; “Não me lembro de mais nada”.

características individuais, limitações e motivos possivelmente influenciarão o conteúdo do depoimento.⁸¹⁹

Nesse sentido, Carlos Rocha⁸²⁰ aponta algumas características de eventuais testemunhas:

[...] as crianças são boas observadoras; os jovens de 20 a 25 anos não prestam atenção ao que não lhes diz respeito; os velhos são bons observadores; os reticentes são pessoas que não querem envolver-se - amigos, parentes, relações amorosas ou comerciais; os mentirosos são pessoas envolvidas de uma forma ou outra no crime e as tímidas são pessoas medrosas, normalmente respondendo as perguntas com “sim” ou “não”.

Deve-se estimular as pessoas suspeitas de estarem mentindo a falar, sendo que, dessa forma, mais cedo ou mais tarde, irão se contradizer ou dizer a verdade. Há de ser considerado, inclusive, que, às vezes, os sujeitos trazem informações que não são verídicas, de forma não intencional.

Uma técnica de entrevista com as pessoas suspeitas, quando ele quiser falar, é utilizar as chamadas perguntas “iscas”. Essas perguntas são preparadas para levar o investigado a acreditar que existem provas que o incriminam, levando-o, assim, a comportamento que visam enganar o entrevistador. Perguntas “iscas” que podem ser utilizadas nessa situação são as seguintes: “Há qualquer motivo por que [...]?”; “Você pode explicar por que [...]?”; “Você pode esclarecer por quê...?”⁸²¹

Cuidado especial deve ser dispensado aos depoimentos daqueles que se autoacusam ou delatam outros. Os que se autoacusam podem ser doentes mentais, estarem querendo encobrir outra pessoa, como ocorre corriqueiramente nos casos dos adolescentes que assumem os crimes para beneficiar maiores.⁸²² Os delatores podem ser de quadrilhas rivais aos denunciados e que querem utilizar o aparato repressor do Estado para diminuir a concorrência; de pessoas que querem prejudicar outras ou ainda de coautores que desejam se beneficiar acusando o comparsa.⁸²³

Pode haver ainda uma delação falsa com objetivo financeiro – recebimento de seguro – para se eximir da prática de um crime, criando um álibi ou ainda uma delação descabida,

⁸¹⁹ SILVA, 2000, p. 205. Segundo o autor, a credibilidade de uma prova testemunhal não depende da quantidade de pessoas que são ouvidas, e sim da “verossimilhança dos dizeres; probidade científica do depoente; seu conhecido amor ou desamor à verdade; latitude e segurança de conhecimento que manifesta; razões de convicção que declara e se lhe devem perguntar; confiança que inspira pelo seu passado, pela sua profissão e pelo grau de cultura do seu espírito.”

⁸²⁰ ROCHA, 2003, p. 106.

⁸²¹ BRASIL, 2006, p. 1-2. São “Provas Fictícias Possíveis” a serem utilizadas na entrevista do suspeito: impressões digitais; uma testemunha; uma câmera de vídeo; cabelo, fluidos corporais, DNA e gravação de voz.

⁸²² ROCHA, *op. cit.*, p. 107.

⁸²³ LIMA, 2002, p. 124-126.

quando a vítima se engana – acha que foi vítima de um furto, mas o objeto está em sua posse e ela não se deu conta.⁸²⁴

Ainda podem ser tomados depoimentos nas acareações, que é o caso de reinquirição de pessoas as quais o conteúdo de seus depoimentos foi conflitante. Elas são colocadas frente a frente para que confirmem ou retifiquem suas versões. Segundo Geraldo da Silva⁸²⁵, a acareação na fase da investigação preliminar deve ocorrer quando:

[...] as declarações ou interrogatório versarem sobre fatos ou circunstâncias relevantes. Caso a discordância seja insignificante, a autoridade policial não necessitará acarear as pessoas que prestam declarações. É importante que, na acareação, a autoridade não revele os pontos ou circunstâncias divergentes previamente, mas somente no instante da diligência, de forma improvisada, para que a mentira não persista, e se reconheça, prontamente e com sinceridade, o engano.

Todavia a práxis do trabalho de investigação policial demonstra que essa forma de depoimento é uma diligência inútil. De um modo geral, os depoentes tendem a repetir suas declarações anteriores, nada trazendo a acrescentar à investigação ou a esclarecer a controvérsia.

4.3.2 Reconhecimentos

Em termos de previsão legal e formalidades aplicadas, o procedimento relativo ao reconhecimento está previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal brasileiro, o qual traz em pormenorizado o procedimento.

Na investigação criminal, o reconhecimento é o ato no qual alguém aponta à autoridade objetos, pessoas, documentos que havia descrito anteriormente. Essa diligência pode ser realizada tanto na investigação preliminar, quanto no processo ou em ambas. Sua finalidade é a identificação de pessoas ou a individualização de elementos ligados à apuração do fato e a sua autoria, podendo ainda servir de meio para afastar dúvidas da autoridade ou das partes.⁸²⁶

A experiência profissional demonstra que, para se realizar o reconhecimento, não se deve colocar reconhecedor e reconhecido frente a frente, uma vez que isso pode redundar em constrangimento ou intimidação. Por esse motivo, os órgãos policiais devem possuir um local

⁸²⁴ ROCHA, 2003, p. 107.

⁸²⁵ SILVA, 2000, p. 223-4.

⁸²⁶ LIMA, 2002, p. 151.

apropriado para a realização desse procedimento.

O reconhecimento inicia-se com o reconhecedor fazendo a descrição daquele a ser reconhecido. Depois, o indivíduo que se tenha como objetivo de reconhecer será colocado na sala de reconhecimento, ao lado de outras pessoas que com ela tiverem alguma semelhança. A seguir, o reconhecedor, que ficará em outro compartimento, separado dos reconhecidos por um vidro protetor, escurecido ou espelhado, para que não seja visto, apontará aquele que reconheceu ou dirá que a pessoa que se buscava não está entre aqueles submetidos à diligência.⁸²⁷

A respeito do reconhecimento Lopes Jr.⁸²⁸ salienta que se trata de importante meio de prova, no entanto, tece crítica à falta de observância do procedimento:

Apesar de ser um importante elemento de convicção, a costumeira falta de observância dos requisitos legais por parte da polícia faz com que - a nosso juízo - o ato deva ser visto com reservas. Ademais, quando repetido em juízo, é cometida uma grave falha: descumprimento do disposto no art. 226, II. Das duas uma, ou os juízes não colocam o réu ao lado de outras pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança; ou convida pessoas diversas daquelas que participaram do reconhecimento policial. Em ambos os casos, o reconhecimento é induzido. No primeiro, porque o réu é o único presente; no segundo, porque ele é o único visto pela vítima tanto na polícia como em juízo.

Mas essa questão da obediência às formalidades no reconhecimento não é vista de maneira unívoca pela doutrina e os tribunais. Enquanto, como vimos, a doutrina inclina-se a exigir as formalidades no reconhecimento - seja na fase de investigação preliminar, seja em juízo - a jurisprudência têm afirmado que elas soam desnecessárias e irrelevantes em sede judicial. Isso é curioso, pois nessa linha de pensamento, no reconhecimento que não é definitivo, uma vez que não é considerado como prova, o policial, deve-se obedecer às formalidades legais, enquanto naquele que será decisivo, como elemento probatório, o judicial, as regras formais não precisam ser respeitadas.⁸²⁹

No caso do reconhecimento por fotografia, que é utilizado, mormente em sede pré-processual, a doutrina aponta que ele apresenta sérios problemas, começando pela lacuna legal, quanto a sua previsão e validade, somada, ainda a sua notória imprecisão.⁸³⁰ Embora

⁸²⁷ ROCHA, 2003, p. 120.

⁸²⁸ LOPES JR., 2008, p. 265-6.

⁸²⁹ LIMA, 2002, p. 153. No sentido de que no reconhecimento judicial, as regras formais do artigo 226, não precisam ser observadas, o autor cita decisões do SRF (RT 666/379); do STJ (RSTJ 20.204-5); e do TACRSP (RT 678/340).

⁸³⁰ LOPES JR., Aury. Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul. 2009. O autor refere que a reforma processual prevista no Projeto de Lei do Senado n.º 156/09 silencia sobre o assunto, persistindo as lacunas legais sobre o tema.

admita que o reconhecimento por fotografia sequer seja previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal, Lima afirma que ele não deve, a priori, ser recusado como prova. O autor refere que o Código de Processo Penal possibilita a utilização de outros meios de prova, além daquelas que ele enumera, desde que os meios sejam lícitos e não contrariem os bons costumes e a moral. O reconhecimento fotográfico é um desses casos de prova inominada.⁸³¹

Desse modo, o reconhecimento por fotografia trata-se de recurso que deve ser utilizado em último caso, com muita reserva e cuidado, uma vez que pode resultar em deploráveis equívocos. Portanto, até para que tenha validade legal, o indicado é que o reconhecimento deva incidir diretamente sobre a pessoa ou coisa.⁸³²

Nas reformas processuais ocorridas e por ocorrer, no Brasil nada se avançou no sentido de apresentar uma normatização clara sobre o reconhecimento. Na reforma de 2008, não houve avanço algum. Na verdade, está por vir coisa pior. Sob o ponto de vista das garantias do imputado, segundo Lopes Jr., o Projeto de Lei do Senado n.º 156/09, que reforma o Código de Processo Penal, prevê a condução coercitiva do imputado para reconhecimento pessoal, caso seja necessário. Tal previsão é um retrocesso, pois viola o direito ao silêncio e de não autoincriminação – *o nemo tenetur se detegere*.⁸³³

De qualquer sorte, realizado o reconhecimento, por fotografia ou pessoalmente, deverá ser lavrado auto pormenorizado do procedimento, o qual deverá ser assinado, além do reconhecedor e da autoridade, por duas testemunhas presenciais.

4.3.3 Perícias

Importa ressaltar que os exames periciais estão entre os métodos de apuração mais importantes na investigação criminal. Isso se dá por três motivos fundamentais. Quanto mais amparada estiver a investigação em exames periciais, tanto mais seguras e consistentes serão as suas conclusões, pois estarão menos amparadas nos elementos colhidos em depoimentos. A experiência policial e forense demonstra que a prova oral é sempre problemática, uma vez que, de um modo geral, é volúvel e relativa.

Verifica-se que, em regra, os exames periciais são as diligências responsáveis pela inserção de tecnologias mais avançadas na persecução criminal. E, na sociedade complexa, é cada

⁸³¹ LIMA, 2002, p. 154-5.

⁸³² SILVA, 2000, p. 223.

⁸³³ LOPES JR., 2008, p. 16-7.

vez mais imperativo a introdução de tecnologia e conhecimentos científicos na investigação criminal. Tal é a importância dos exames periciais na investigação criminal, que eles se tornaram objeto de estudo de uma disciplina autônoma chamada Criminalística.⁸³⁴

Sem a utilização de novas tecnologias e técnicas científicas na investigação, as evidências colhidas podem resultar inconsistentes como elementos probatórios, em frente às sofisticações científicas utilizadas na prática de algumas infrações penais, na atualidade.

Sobre o tema, Miranda⁸³⁵ assevera que:

As velhas técnicas de investigação, baseadas principalmente na prova testemunhal e na confissão, muitas vezes obtidas de forma ilegal, estão perdendo espaço em face das novas formas de materialização da prova. Trata-se da prova científica que, embora não vincule o magistrado, em face do princípio da livre apreciação das provas, forma importante elemento de convicção e de balizamento das decisões do julgador, evitando-se arbitrariedades. Trata-se de atividades que dão ênfase à inteligência como sendo a melhor forma de evidenciar a materialidade e autoria das infrações penais. Trata-se de necessidade imposta em face da própria modernização das atividades infracionais.

Outro motivo para a relevância da prova pericial na fase da investigação é que elas normalmente são atos definitivos ou irrepetíveis, pois, via de regra, os peritos que as produzem são oficiais, gozando de fé pública. Assim, salvo se resultarem imprestáveis, por vício insanável – caso de erro, omissão ou falsidade - seu valor projetar-se-á no futuro processo penal.⁸³⁶

Nesse sentido, Frederico Marques⁸³⁷ refere:

O exame pericial realizado na fase preparatória do inquérito policial não constitui por isso, simples peça de informação, embora sirva para integrar a *informatio delicti*. A perícia, realizada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade. Seu valor é o mesmo, quer se trate de perícia realizada em juízo, quer se cuide de exame pericial efetuado durante a fase preparatória do inquérito.

⁸³⁴ RABELLO, Eraldo. **Curso de criminalística**: sugestão de programa para as Faculdades de Direito. Porto Alegre: Sagra: Luzzatto, 1996, p. 11-2. Conforme o autor, as provas periciais tomaram tal relevo na investigação criminal, que hoje temos uma disciplina específica sobre o tema que é chamada de Criminalística. Segundo Rabello “A especialização e a sistematização destes conhecimentos, recursos e procedimentos, e a efetiva aplicação dos mesmos à finalidade especificamente judiciária da investigação criminal vieram a se constituir em uma disciplina autônoma, auxiliar e informativa do Direito Judiciário Penal, a qual recebeu o nome de Criminalística. [...] uma disciplina técnico-científica por natureza e jurídico penal por destinação, a qual concorre para a elucidação e a prova e a prova das infrações penais e da identidade dos autores respectivos, através da pesquisa, do adequado exame e da interpretação correta dos vestígios materiais dessas infrações”.

⁸³⁵ MIRANDA, 2007, p. 95-7. Uma das modalidades de crimes que estão vinculados à sofisticação tecnológica são chamados *crimes cibernéticos*. Segundo o autor: “[...] os crimes cibernéticos são modalidades de crimes que podem ser praticados por computador, quando se utiliza para a prática delitiva o espaço da rede mundial de computadores. Como exemplo de crimes mais comuns e já clássicos perpetrados pela rede, tem-se a exploração sexual de crianças e adolescentes, o que se dá por meio de publicação de imagens pornográficas envolvendo-os”.

⁸³⁶ SAAD, 2004, p. 180-1.

⁸³⁷ MARQUES, 2000, p. 425-6.

Na verdade, em regra, na seara penal, as perícias são realizadas na fase inquisitorial, na qual não impera plenamente o princípio do contraditório. Entretanto, deve-se observar a garantia da publicidade e do contraditório, com a assistência de defensor e faculdade de acompanhamento técnico, em todas as perícias, em qualquer fase da persecução criminal, até mesmo na preliminar.⁸³⁸

Conforme já pontuamos, a publicidade e o contraditório, quanto aos exames periciais, na fase da investigação somente poderão ser obstruídos quando justificadamente possam prejudicar a apuração do fato. Todavia, mesmo assim, a restrição não poderá ser total e sem limite temporal.

Ainda releva salientar quanto aos exames periciais realizados na fase de investigação preliminar, em termos de prática investigatória, que muitos desses elementos probatórios ligados à perícia de vestígios do fato a ser apurado somente podem se realizar nessa fase. Sabe-se que algumas partes do corpo de delito desaparecem com o tempo, tornando impossível a sua colheita em outro momento da persecução criminal.

No curso da investigação, o investigador deve, com o auxílio dos peritos,⁸³⁹ analisar os vestígios do fato a ser apurado. Os vestígios são todos os elementos físicos do fato, os quais permitirão, juntamente com outros meios de prova, a reconstrução do evento e o esclarecimento destes pontos chave: quem, quê, onde, com quem, por quê, como e quando.

Podem-se classificar as perícias basicamente em duas espécies: a perícia criminal e a perícia médico-legista. O perito criminal procede a levantamentos ou a exame dos locais de crime, contravenção ou acidente. Sua função consiste em fotografar, recolher e guardar vestígios, podendo ser auxiliado, nessa tarefa, por fotógrafos e papiloscopistas, por exemplo. Também procedem a exames laboratoriais os vestígios recolhidos – sangue, DNA, armas, munições, substâncias, impressões digitais, etc..⁸⁴⁰

⁸³⁸ GIACOMOLLI, 2008a, p. 50.

⁸³⁹ CROCE, Delton e Delton Croce Júnior. **Manual de medicina legal**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13-4. De acordo com os autores: “Peritos são expertos em determinados assuntos, incumbidos por autoridades competentes de os esclarecerem num processo. É todo técnico que, por sua especial aptidão, solicitado por autoridades competentes, esclarece à Justiça ou à polícia acerca de fatos, pessoas ou coisas, a seu juízo, como início de prova. Dessa forma, aduz-se que todo profissional pode ser perito.” Acrescenta-se ainda que os peritos podem ser oficiais. Em São Paulo, são vinculados à Polícia Civil e Secretaria de Justiça e Segurança Pública, ou podem ser não oficiais, que são pessoas idôneas e de nível superior, com habilidade técnica, nomeadas e compromissadas pelo juiz ou delegado. No RS, os peritos públicos são vinculados ao Instituto Geral de Perícias e a Secretaria de Segurança Pública.

⁸⁴⁰ MIRANDA, 2007, p. 95-6. De acordo com o autor: “A criminalística tem avançado rapidamente nos últimos anos e a polícia científica já dispõe de um arsenal científico multidisciplinar que engloba estatística, antropologia, física, biologia, química, informática etc., todas visando materializar e evidenciar os vestígios do crime. É comum, até mesmo em séries televisivas, tomar contato com técnicas de investigação utilizadas pela polícia como os exames de DNA utilizados para identificação de criminosos e vítimas, conseguidos a partir de cabelos, pelos ou pedaços de pele. [...] Ganham força a balística, a medicina legal, a datiloscopia e a química. Esta, por exemplo, permite que se verifique a presença de sangue, não visível a olho nu, em exame de local, com base na utilização da substância chamada *luminol*, que, exposta à luz ultravioleta, faz brilhar as partículas de ferro existentes na hemoglobina, uma proteína contínua no sangue”.

O perito médico-legal, por sua vez, realiza exames periciais nas pessoas, cadáveres ou esqueletos, visando apontar a existência de sinais materiais do crime – vestígios de lesões, conjunção carnal, etc. - a causa da morte e identidade, respectivamente.⁸⁴¹ Mais uma vez salienta-se que os exames periciais são fundamentais para a investigação criminal, e a maioria dos crimes não pode ser investigado sem a realização de perícias.⁸⁴²

As recentes alterações do nosso Código de Processo Penal, em relação à colheita das provas na persecução criminal (Lei nº 11.690/08), não trouxeram mudanças substanciais quanto aos exames periciais. Persiste o artigo 158, do Código de Processo Penal, com a redação anterior, afirmando que, se o delito deixar vestígios, é necessário o exame pericial, direto ou indireto. Quanto aos peritos, no artigo 159 do Código, passou-se a exigir apenas um perito para realização do exame pericial, quando aquele for oficial. No artigo 159, § 1.º, em relação aos peritos não oficiais, deverão ser dois, com nível superior e com habilitação técnica, “preferencialmente na área específica”. Portanto continua não sendo obrigatória a habilitação técnica e científica dos peritos quanto aos exames periciais que produzirão.⁸⁴³

Ressalta-se que no Estado do Rio Grande do Sul só se dispõe de uma estrutura pericial razoável na Capital e, qualquer exame pericial que dependa de alguma técnica mais científica, só nela é realizada. No interior, nas cidades maiores, via de regra, só se dispõe de exame de necropsia e de papiloscopia. Disso decorre que muitos exames periciais não são solicitados, ou quando os são, o resultado comumente demora a ser enviado às autoridades policiais, o que ocorre normalmente depois da remessa do feito à Justiça.⁸⁴⁴

Outro problema que decorre da falta de peritos oficiais, em boa parte das cidades do Estado, refere-se à nomeação de agentes policiais como peritos nos procedimentos investigatórios. Tal situação tem gerado discussões acerca da validade desses exames

⁸⁴¹ RABELLO, 1996, p. 12-3. O autor afirma que a Criminalística tem um conteúdo técnico-científico e um conteúdo jurídico. “No seu conteúdo técnico-científico, além dos diferentes ramos da ciência, da arte e da tecnologia, estão compreendidos os seguintes setores mais nitidamente especializados: Físico-química Legal, Medicina Legal (parte), Engenharia Legal, Papiloscopia e Datiloscopia, Documentoscopia Forense e Balística Forense”.

⁸⁴² ROCHA, 2003, p. 96.

⁸⁴³ GIACOMOLLI, 2006, p. 50-1.

⁸⁴⁴ TORMA, Caroline; GIESTEIRA, Marcos; Um perito para cada 113 mil gaúchos. **Jornal Zero Hora**. Edição publicada no dia 05.10.03. Porto Alegre, 2003, p. 43. Conforme o publicado naquele ano, o Estado contava com um perito criminal para cada 113 mil gaúchos. Na época, o Estado contava com 10,1 milhões de habitantes, sendo que havia apenas 89 peritos criminais em atividade. Embora a maioria dos 767 homicídios registrados acontecesse no interior (610), a estrutura de perícias está concentrada na Capital e Região Metropolitana. O Planalto Médio, na cidade de Passo Fundo, é a única região do interior que conta com um perito criminal. Hoje se constata que aquela situação noticiada em 2003 não se modificou, nem quanto à falta de peritos, tampouco quanto à concentração na Capital e Região Metropolitana.

periciais, em face da possível suspeição desses peritos nomeados. Nesse sentido, Giacomolli⁸⁴⁵ observa que:

Os peritos possuem os mesmos impedimentos e as mesmas causas de suspeição dos magistrados. A regra é a realização da perícia por peritos oficiais e a exceção há de ser justificada. Avolumam-se as denominadas perícias realizadas por agentes policiais, inclusive lotados nas próprias unidades investigatórias, mesmo que tenham participado nas investigações. Isso vem ocorrendo em número considerável na constatação do rompimento de obstáculo e da eficácia de arma de fogo. [...] A excepcionalidade da nomeação de peritos não oficiais, em razão da centralização dos institutos de perícia, tornou-se a regra, em determinadas espécies de infração criminal. [...] Portanto, além de não ser atribuição dos agentes policiais realizarem perícias (art. 144 da CF), também em relação a eles têm aplicação as regras processuais.

Obviamente que, mesmo quando o órgão encarregado dos exames periciais realiza determinado exame, não se dispõe do aparato tecnológico existente em países mais desenvolvidos. Diante de tais problemas, inegável, portanto, que as investigações não são instruídas com os exames periciais pertinentes, circunstância que é muito prejudicial não somente à fase preliminar, como à posterior ação penal.

Pode-se afirmar categoricamente que o fato de a Polícia Judiciária brasileira não conseguir lograr êxito no esclarecimento de determinados crimes está diretamente relacionado à carência dos órgãos periciais oficiais. No entanto, mesmo que aqui em nosso Estado o Instituto Geral de Perícias seja um órgão autônomo da Polícia Civil, suas carências e ineficiências são creditados à polícia. A Polícia Judiciária é quem acaba sendo responsabilizada, em alguns casos, por ineficiências que não são suas.

Temos como exemplo prático da relevância do trabalho pericial na solução de um crime o recente “CASO ISABELA”,⁸⁴⁶ ocorrido no Estado de São Paulo. Nesse caso, foram os exames periciais – com a utilização da tecnologia mais moderna disponível, como a computação gráfica, por exemplo - mormente no local do crime, que trouxeram elementos novos e esclarecedores sobre a forma de execução e de autoria do fato.

⁸⁴⁵ GIACOMOLLI, 2006, p. 50-2.

⁸⁴⁶ Este processo julgou o assassinato da menina Isabela Nardoni, que foi jogada do prédio aonde residia o pai dela Alexandre Nardoni e a madrasta Anna Carolina Jatobá. No início das investigações Alexandre e Anna deram uma versão à polícia de que alguém teria entrado no apartamento e assassinado a menina. No entanto, a investigação, calcada em exemplar trabalho da perícia criminal, concluiu que essa versão era falsa, sendo que os dois acabaram indiciados e presos como responsáveis pela morte da menina. Levados a julgamento no tribunal do júri, restaram os dois condenados, sendo 31 anos de prisão para Alexandre Nardoni e 26 anos para Anna Carolina Jatobá. Segundo a opinião de autoridades e juristas, bem como da imprensa, não fosse a investigação criminal conduzida de maneira eficiente, mormente pelo fato de estar calcada nas provas periciais, o resultado teria sido outro e os responsáveis teriam restado impunes, como em tantos outros casos da crônica policial brasileira.

Nessa investigação, é certo que não se chegaria ao resultado conclusivo alcançado não fosse o trabalho pericial utilizado na coleta de provas. Sem essas modernas e eficientes técnicas de investigação criminal empregadas pelos peritos, certamente esse seria mais um crime sem solução. Essas técnicas, somadas às diligências investigatórias realizadas pela polícia investigativa, foram fundamentais para se levar a bom termo o inquérito policial.

4.3.4 Do agente infiltrado

Tendo em vista a sofisticação e a organização da forma de atuar de alguns agentes envolvidos na execução de delitos, as legislações de diversos países passaram a prever novas metodologias investigatórias. Esses novos métodos vão além das tradicionais formas de produção de prova indiciária nos procedimentos investigatórios preliminares.

Notadamente, as novas metodologias de investigação estão dirigidas à apuração dos crimes praticados pelas chamadas organizações criminosas ou crime organizado. De acordo com Dotti⁸⁴⁷, do XVI Congresso Internacional de Direito Penal, extraíram-se algumas conclusões sobre como identificar uma organização criminosa:

a) *características*: divisão de trabalho e dispersão da responsabilidade individual no seio da organização; alternatividade de agentes; o segredo; a confusão entre atividades lícitas e ilícitas; a capacidade de neutralizar os esforços de aplicação da lei por meio da intimidação e da corrupção; mecanismos especiais para a transferência de lucros; b) *métodos de ação e características diversas*: como ilustração, pode-se referir a intimidação, a violência, o terrorismo, a corrupção, o corporativismo, a aparência de legalidade formal das atividades, a integração real ou aparente dos associados à comunidade e o impacto nacional ou internacional.

Tendo em vista a organização empresarial desses grupos criminosos, as técnicas de investigação da criminalidade comum têm de ser profundamente revistas, uma vez que são inócuas contra o crime organizado.

No Brasil os problemas em relação ao tema começam pela legislação criada para implementar a persecução criminal dos crimes praticados pelas chamadas organizações criminosas. A lei 9.034/95, embora modificada pela lei 10.217/01, continuou imprecisa e de

⁸⁴⁷ DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 198, maio 2009.

difícil aplicabilidade.⁸⁴⁸

Uma das questões de extrema relevância sobre o tema, que ainda continua sem normatização, é a definição do que é crime organizado ou organização criminosa, bem como a própria tipificação do delito correspondente. Hoje, em face da omissão legislativa, ainda se aplica, nesses casos, a tipificação do artigo 288 do Código Penal, o qual se refere ao delito de quadrilha ou bando. Todavia, atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado Federal de n.º 150/06, o qual se trata de norma que virá substituir integralmente a Lei 9.034/95, buscando com isso suprir as omissões da legislação vigente.⁸⁴⁹

⁸⁴⁸ CARVALHO, 2006, p. 55-6. Segundo o autor, “A Lei brasileira de combate ao crime organizado nasce inspirada nos modelos normativos italianos de repressão às organizações mafiosas. Todavia, em decorrência do discurso econômico-transnacional da década de 90, centrado no controle geopolítico dos cartéis colombianos (Cartel de Cali e de Medellin), e em face das especificidades da criminalidade nacional, seu discurso ficou atrelado preponderantemente às questões relativas ao tráfico ilícito de entorpecentes e de armas, com algumas nuances momentâneas de identificação dos crimes contra a administração pública. [...] O problema de identificação empírica de redes de criminalidade organizada, não apenas no Brasil, produz inúmeras dificuldades interpretativas, fato que em matéria de poder punitivo amplia as malhas de criminalização. Hassemer aduz que “os especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre no que ela [criminalidade organizada] realmente consiste. A participação de bandos bem organizados ou atividades criminosas em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros [...] O que a criminalidade organizada realmente é, como ela se desenvolve, quais suas estruturas e perspectivas futuras, não sabemos precisar. A definição atualmente em circulação por demais abrangente e vaga, sugere uma direção em vez de definir um objeto, não deixa muita coisa de fora”.

⁸⁴⁹ BRASIL. **Senado Federal.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859. Acesso em: 18 maio 2010. O projeto em questão foi aprovado no Senado Federal em 02.12.09, conforme o relatório proposto pelo Senador Aloizio Mercadante, em 25.11.09. Em 09.12.09, o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, para revisão nos termos do art. 65 da Constituição Federal. Em relação aos conceitos de organização criminosa e tipificação dos delitos, o texto do projeto é o seguinte: “Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado. §1º Considera-se organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. §2º Esta Lei se aplica também aos crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Art. 2º Promover, constituir, financiar, cooperar, integrar, favorecer, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena: reclusão, de três a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes praticados. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - por meio de organização criminosa: a) fraudar concursos públicos, licitações, em qualquer de suas modalidades, ou concessões, permissões e autorizações administrativas; b) intimidar ou influenciar testemunhas ou funcionários públicos incumbidos da apuração de atividades de organização criminosa; c) impedir ou, de qualquer forma, embaraçar a investigação de crime que envolva organização criminosa; II - financiar campanhas políticas destinadas à eleição de candidatos com a finalidade de garantir ou facilitar as ações de organizações criminosas. § 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem fornece, oculta ou tem em depósito armas, munições e instrumentos destinados ao crime organizado; quem lhe proporciona locais para reuniões ou, de qualquer modo, alicia novos membros. § 3º. Aplicam-se em dobro as penas, se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. §4º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. §5º A pena é aumentada de um sexto a dois terços: I - se há colaboração de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. [...]”.

O assunto é polêmico e suscita discussões, com opiniões favoráveis e contrárias à utilização dessas novas metodologias, como é o caso de Karam⁸⁵⁰:

Instrumentais de escuta, de filmagens e de interceptações de comunicações, assim como infiltrações policiais e incentivos à delação, sempre fizeram parte dos sombrios arsenais encontrados nos porões de Estados totalitários de todos os matizes, sempre estiveram distantes dos Estados democráticos, por manifesta incompatibilidade com seus princípios basilares.

Todavia quem defende o uso das novas metodologias investigatórias afirma que, se não forem utilizadas, o crime organizado, como ocorreu em outros países, pode se apoderar do Estado e passar a controlar a sociedade.⁸⁵¹

Dentre essas inovações na forma de investigar, temos a chamada infiltração de agentes para coleta de provas. Nesse sentido, assevera Araújo da Silva⁸⁵²:

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção da prova, pela qual uma agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento. Apresenta a doutrina três características básicas: a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o *engano*, posto que toda a operação de infiltração apoia-se numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.

A infiltração remonta ao período do absolutismo francês, no período de Luis XIV, quando, com o objetivo de aumentar o aparato repressivo do sistema, criou-se a figura do “delator”. Essas pessoas da sociedade apuravam e delatavam quem eram os adversários

⁸⁵⁰ KARAM, Maria Lucia. Meios invasivos de busca de provas: incompatibilidade com a democracia. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul. 2009. Ainda segundo a autora: “A ilegitimidade (e, portanto, a ineficácia) de todos os dispositivos legais que os preveem há de ser proclamada, ainda que tais dispositivos encontrem, como no Brasil, autorização escrita na Constituição, sendo imperativo o reconhecimento de que ali se tem nítido exemplo de regra constitucional inconstitucional, porque infringente de conteúdos democráticos fundamentais, porque ilegitimamente anuladora do núcleo essencial de normas constitucionais de hierarquia superior”.

⁸⁵¹ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. **Crime organizado no Brasil**: comentários à Lei 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática. – São Paulo: Iglu, 1998, p. 39-58. O autor cita o exemplo dos problemas com as máfias na Itália e do narcotráfico na Colômbia – que praticamente dominaram essas nações em determinado período. Também assevera que o crime organizado tem como requisitos básicos “a previsão de acumulação de riqueza, a hierarquia estrutural, o planejamento empresarial, divisão de atividades ilícitas, a divisão de territórios e, finalmente, a conexão com agentes do Poder Público infiltrados, inclusive mediante concursos”.

⁸⁵² ARAÚJO, Eduardo da Silva. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86. Ainda sobre o agente infiltrado, FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. ver. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001, p. 584. Segundo o autor, “O agente infiltrado é um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmbito da organização criminosa para obter informações e, desta forma, desmantelá-la”.

políticos do rei e recebiam benesses dele para isso. No início, havia somente a espionagem dos inimigos políticos, mas com o tempo os “delatores” passaram a provocação de condutas ilícitas dos perseguidos.⁸⁵³

Nos Estados Unidos, mormente nas primeiras fases da investigação, quando se buscam provas sobre determinados delitos e há suspeitas da formação de quadrilhas ou organizações criminosas mais sofisticadas, visando à prática de crimes, a polícia comumente infiltra agentes nesses grupos criminosos.⁸⁵⁴ Nos EUA, a infiltração, operação *undercover*, o uso de informantes e a vigilância eletrônica, são as três principais técnicas de investigação utilizadas no enfrentamento do crime organizado.⁸⁵⁵

A infiltração de agentes também está prevista no sistema espanhol, alemão e português. Como regra, há necessidade de autorização judicial, do Juiz Instrutor ou de outra autoridade competente para futura ação penal, com o escopo da realização dessa espécie de diligência investigatória. Como medida excepcional e de urgência, nos modelos da Espanha, da Alemanha e de Portugal o Ministério Público pode autorizar a infiltração, mas o Juiz deve ser comunicado, obrigatoriamente.⁸⁵⁶

Na Espanha, além da autorização judicial, somente a Polícia Judiciária pode infiltrar agentes. Conforme Catena⁸⁵⁷:

La autorización se hará precisamente a funcionarios de la Policía Judicial, de modo que no se permite la actuación como agentes infiltrados de miembros de otras unidades de la Fuerzas de Seguridad. Sin embargo, la autorización del juez o del fiscal no contiene la identidad supuesta bajo la cual puede actuar el agente, sino que ésta se otorga por el Ministerio del Interior, al que lógicamente ha de dirigirse el Jefe de la Unidad de Policía Judicial a la que pertenezcan los agentes. Obtenida la identidad, que se otorga por seis meses, prorrogables por periodo de igual duración [...].

Segundo Ramos⁸⁵⁸, no sistema norte-americano a infiltração de agentes é reconhecida como válida pela Suprema Corte:

⁸⁵³ ARAÚJO, 2003, p. 87.

⁸⁵⁴ RAMOS, 2006, p. 180.

⁸⁵⁵ QUEIROZ, 1998, p. 20.

⁸⁵⁶ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁵⁷ CATENA, 2001, p. 217.

⁸⁵⁸ RAMOS, *op. cit.*, p. 180.

Segundo a jurisprudência predominante na Suprema Corte, é lícita a infiltração de agentes em organizações ou contextos criminosos, pois tais agentes atuam secretamente no levantamento de dados acerca do funcionamento da organização, bem como na colheita de provas contra seus integrantes.

No Brasil, a infiltração foi prevista na Lei nº 9.034/95, conhecida como “Lei do Crime Organizado”, no entanto restou vetada pelo Presidente da República. Após um período de indecisão, a Lei nº 10.217/01, que modificou aquela legislação, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do agente infiltrado – artigo 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/95 - a qual sempre será precedida de autorização judicial.⁸⁵⁹ A nova lei alterou o *caput* dos artigos 1.º e 2.º da Lei nº 9.034/95, bem como inseriu os incisos IV e V e um parágrafo no artigo 2º.⁸⁶⁰

Tivemos ainda a previsão da infiltração de agentes na nossa legislação na Lei nº 10.409/02 – Lei Antitóxicos - a qual no seu artigo 33, inciso, I, previa a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos com o objetivo de colher informações sobre os delitos cometessem. Mas, a Lei nº 10.409/02 foi revogada pela nova Lei de Drogas, a 11.343/06, a qual novamente no artigo 53, inciso, I previu a infiltração policial para as tarefas de investigação de crimes nos casos previstos naquela lei.⁸⁶¹

Todavia, mesmo depois das leis que trataram do tema, as quais trouxeram alguns esclarecimentos sobre a forma de atuar do agente infiltrado, restaram ainda muitas incógnitas,

⁸⁵⁹ CARVALHO, 2006, p. 57. O autor critica os procedimentos adotados na Lei 9.034/95, pois além de criar instituto como a ação controlada e infiltração, dentre outros, ela recria o “juiz inquisidor, na definição de não apenas da gestão, mas da produção, em diligência pessoal e sigilosa, de elementos de convicção (art. 3.º), em qualquer fase da persecução criminal (investigação e cognição) (art. 2.º)”.

⁸⁶⁰ OLIVEIRA, Luiz Otávio Rocha de. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Ibero-americana de Ciências Criminais**, Porto Alegre, ano 3, n. 5, jan./abr. 2002; Nesse sentido, RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 6. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 124. A posição do autor é a seguinte: “Entendemos que a figura do agente infiltrado da lei dos crimes organizados (Lei n. 9.034/05) é, como a própria lei, inconstitucional, pois criada em um contexto em que o juiz sai de sua posição de sujeito processual imparcial garantidor para se tornar o famigerado inquisidor, o colhedor de provas, o parcial.”

⁸⁶¹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 146-147.

mormente quanto ao alcance da sua atuação.⁸⁶² O agente poderá atuar como *encoberto*, *infiltrado* e *provocador*.⁸⁶³

Diferenciar essas condutas e esclarecer até que ponto a legislação brasileira contemplou-as é o grande problema jurídico sobre o tema, uma vez que daí poderá ser determinado aquilo que poderá ou não ser praticado pelo infiltrado, quando assim atuar.

A relevância, sob o ponto de vista jurídico, tem a ver com as espécies de delitos que o agente infiltrado pode praticar e ficará isento de incriminação, agirá sob o manto da exclusão de ilicitude. Desses aspectos também resultará a análise quanto à validade dos elementos probatórios produzidos pela infiltração.

Em uma ideia inicial sobre a infiltração prevista na legislação brasileira, tem-se o papel do agente como um assistente e observador das condutas delituosas da organização criminosa. O infiltrado, na organização criminosa, age de forma previamente estabelecida, com objetivo específico, no sentido de coleccionar informações no tocante à estrutura,

⁸⁶² BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859. Acesso em: 18 maio 2010. O referido projeto de lei do Senado Federal de n.º 150/06, assim disciplina sobre a infiltração policial: “Art. 11 A infiltração de agentes em tarefas de investigação será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, após a manifestação do Ministério Público. § 1º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. § 2º A infiltração será autorizada pelo prazo de até seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. § 3º Findo o prazo previsto no § 2º, o delegado de polícia de carreira deverá apresentar relatório circunstanciado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. § 4º O delegado de polícia de carreira e o Ministério Público poderão, a qualquer tempo, requisitar relatório da atividade de infiltração. Art. 12 A representação do delegado de polícia de carreira para a infiltração de agentes conterà a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Art. 13 O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado. § 1º As informações da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de vinte e quatro horas, após manifestação do Ministério Público, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e da segurança do agente infiltrado. § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. §3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente sobre sua integridade física, a operação será sustada pelo delegado de polícia de carreira, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial. Art. 14 O agente que não guardar, na sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. §1º. O agente infiltrado responderá em caso de prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura. §2º Se o agente infiltrado praticar infrações penais ao abrigo de excludente de ilicitude ou a fim de não prejudicar as investigações, tal fato deverá ser imediatamente comunicado ao magistrado o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a continuidade ou não da infiltração. Art. 15 São direitos do agente: I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; II – ter sua identidade alterada, aplicando-se no que couber, o disposto no art. 9º da Lei n.º 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservados durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação.”

⁸⁶³ KNIJNIK, Danilo. “A serpente me seduziu, e eu comi”. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do “*entrapment*” e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/95. **Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais**. Porto Alegre: ESMP, CEIP, ano 5, n. 10, 2000.

dimensão, forma de atuar e planos que ela tenciona realizar.⁸⁶⁴

Mas o policial, na ânsia de reprimir as condutas investigadas, pode cair na tentação de influir ou participar de alguma forma na execução do delito. Nesse caso, torna-se importante esclarecer e limitar o seu papel, em relação às outras formas de atuar.

Desse modo, define-se o *agente provocador* como sendo aquele que, por qualquer meio, apressa a realização da conduta delituosa, através de instigação ou indução. Na prática, seria aquele que surge vendedor ou adquirente de atividades ilegais, instigando a prática do delito, para acusar e punir alguém.⁸⁶⁵

No caso do *agente infiltrado*, o que existe é uma ocultação de sua condição de policial, visando à coleta de elementos probatórios e incriminação dos investigados. Aqui o agente ganha a confiança dos investigados, tendo com isso acesso privilegiado da atuação criminosa. Apesar de interagir com o grupo de criminosos, o infiltrado não induz nenhum comparsa a praticar qualquer crime, nem cria infração penal ou situação para a prática do delito.⁸⁶⁶

Finalmente, temos a situação do *agente encoberto*, este age com total passividade em relação à resolução da ação delituosa. O agente vai aos locais ligados ao crime, visando apurar os eventuais autores de delitos. O *encoberto* não precipita o crime, nem tenta ganhar a confiança dos investigados.

É o caso, por exemplo, do policial que busca apurar o tráfico de drogas e vai a bares, boates, ruas e outros locais de trânsito público para presenciar tais crimes, efetuar prisões ou levantar informações.⁸⁶⁷ Em resumo: o *provocador*, tem um modo ativo de agir, é autor da conduta delituosa; o *infiltrado* atua de forma passiva ou parcialmente ativa, com coautoria ou participação; e o *encoberto* atua de forma totalmente passiva e não tem nenhuma participação na execução do delito.⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ THUMS, 2007, p. 147.

⁸⁶⁵ CATENA, 2001, p. 216. Segundo o autor, na Espanha: “un <<agente provocador>>, es decir, la de un miembro de las Fuerzas de Seguridad que, con la finalidad de descubrir un hecho delictivo llega a instigar o a propiciar la comisión del delito con las peticiones que le formulan a los imputados. Por esta razón la participación del agente provocador en las actividades de una banda criminal va más allá de las propias de un agente infiltrado”; Ainda sobre o conceito de agente provocador, MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Marcos Vinicius Lamas. Indagações sobre o agente provocador e o agente infiltrado. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 128, 2003. Conforme os autores, “**Agente provocador** ou *agent provocateur* seria a pessoa que induz ou instiga outrem para que este cometa um crime determinado, com o intuito de, no momento do seu cometimento, realizar sua captura, ou seja, para que no momento da execução do crime induzido, o agente instigador promova sua prisão em flagrante”.

⁸⁶⁶ THUMS, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁶⁷ BECHARA, Fabio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 215. Nesse caso, de acordo como autor, o agente infiltrado atua simplesmente no papel de informante da autoridade investigante quanto à atividade criminosa dos investigados.

⁸⁶⁸ KNIJINIK, 2000, p. 15.

Portanto no Brasil seriam legalmente previstas as situações do *agente encoberto*, no artigo 2.º, inciso II, da Lei nº 9.034/05, naquilo que a lei denomina de *ação controlada*.⁸⁶⁹ Também estaria sob o amparo da legislação brasileira o *agente infiltrado*, situação prevista no artigo 2.º, inciso V, daquela norma jurídica. Por outro lado, a figura do *agente provocar* não encontraria respaldo na Lei em questão.⁸⁷⁰ Na verdade, essa forma de atuar seria expressamente vedada pelo sistema brasileiro, de acordo com o artigo 17, do Código Penal e o disposto na Súmula 145, do STF.⁸⁷¹

Assim, com a vigência da Lei nº 9.034/95, os elementos probatórios produzidos a partir da ação do agente encoberto ou infiltrado podem ser considerados válidos e legítimos, mas a mesma situação não se aplica ao caso do agente provocador. Além da invalidação da prova produzida, a situação de provocador da conduta delituosa, levada a cabo pelo agente infiltrado, poderia também lhe gerar responsabilidade criminal.⁸⁷²

⁸⁶⁹ ARAÚJO, 2003, p. 92-3. Segundo o autor a Lei n. 9.034/95, no seu artigo 2.º, II, previu essa metodologia de investigação. Também a Lei n. 10.409/02, no artigo 33, II, possibilitou a aplicação desse instituto em relação ao tráfico de drogas na antiga lei de tóxicos (ratificada na Lei n. 11.343/06 - Nova Lei de Drogas - no artigo 53, II, sob o título de não atuação policial). Assim, Araújo da Silva assim define esse método de investigação: “A ação controla por policiais, em outros termos, consiste em estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação às infrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção da prova e efetuar as prisões. Por meio da disciplina desse instituto, segundo Antonio Scarance Fernandes, a autoridade policial poderá deixar de realizar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática criminosa, aguardando momento mais propício para agir e, assim, obter a prova. Daí as denominações *flagrante prorrogado* ou *retardado*, aventada pela doutrina para designar a situação que decorre da ação controlada, em consonância com o disposto no art. 303 do Código de Processo Penal, que prevê que para as infrações permanentes “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. No projeto de n.º 150/06, do Senado Federal, assim ficou disciplinada a ação controlada: Art. 9º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será imediatamente comunicado ao Ministério Público, que, se for o caso, requererá ao juiz competente que estabeleça seus limites. § 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada. § 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia de carreira, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova já documentados que digam respeito ao exercício do direito de defesa. §4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada. Art. 10 Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime”.

⁸⁷⁰ THUMS, 2007, p. 147-8.

⁸⁷¹ KNIJNIK, *op.c it.*, p. 16. Quanto ao esclarecimento do que tratam as situações mencionadas, de acordo com o texto legal, o autor dispõe que a *ação controlada – agente encoberto* - consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, a fim de que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Na situação do *agente infiltrado*, é o caso da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência. No caso da Súmula 145 do STF, o texto afirma que “*não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

⁸⁷² BECHARA, 2006, p. 215. Segundo o autor: “nesse caso, a hipótese seria de flagrante preparado ou delito provocado, e o agente infiltrado seria responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas ninguém responderia pela infração penal pretendida. Nesse caso, é manifesta a conduta determinante do agente para a prática do crime”.

A figura do agente provocador enquadra-se naquilo que o sistema norte-americano denomina *entrapment*, que se tem, na nossa língua, como “cilada” ou crime preparado, é a situação na qual o investigado é induzido pelo policial a praticar o crime. Nessa situação, existiria o que se denomina de *infiltração ilegítima*, quando o fato praticado pelo investigado seria considerado atípico, uma vez que se enquadraria na situação elencada no artigo 17 do Código Penal – crime impossível – e da Súmula 145, do STF.⁸⁷³

Situação também equivalente ao *entrapment* é a da chamada *conduta estatal inadmissível*, a qual está relacionada a violações do Artigo 1.º, III, e artigo 5.º, LIV e LVI, da Constituição Federal. Nesse caso, a infiltração, utiliza-se de procedimento que viola os limites da razoabilidade, pelos seguintes motivos: a) a atuação estatal é um mal em si mesmo; b) o crime é instigado, não bastando a infiltração; c) o Estado cria ou dirige a conduta típica; e d) o delito resulta da atividade do agente infiltrado – do Estado - sem a qual não teria existido. Nessa circunstância, teremos como imprestável a prova produzida, uma vez que ilícita, até mesmo com relação à materialidade do delito, tendo em vista o procedimento investigatório inaceitável utilizado.⁸⁷⁴

Outro ponto relevante a ser analisado em relação à infiltração de agentes diz respeito aos limites do seu agir e as consequências jurídicas que pode sofrer. Essa questão relativa à circunstância de que, para cumprir sua missão, o infiltrado pode cometer crimes, os quais seriam condutas abrigadas pela excludente de antijuricidade, mostra-se tormentosa em todos os sistemas que adotaram essa metodologia investigatória.⁸⁷⁵

No caso do Brasil, a legislação foi reticente nesse sentido. Embora o projeto de Lei nº 3.275/00, que deu origem à Lei nº 10.217/01, proibisse ao agente infiltrado a coautoria ou a participação em condutas delituosas, ressalvado o caso do artigo 288, do Código Penal – quadrilha ou bando - o parágrafo 1º, do artigo 2º, foi vetado, restando a questão indefinida, sob o ponto de vista legal. Entretanto, a doutrina vai no sentido de permitir apenas a prática do delito conforme o artigo 288, do Código Penal, e o da Associação para a Prática do Tráfico de Drogas, pelo agente infiltrado.⁸⁷⁶

Sabe-se que é comum, por exemplo, nas organizações criminosas ser exigido de parte daquele que entra as chamadas provas de lealdade ou confiança. Elas consistem, via de regra,

⁸⁷³ KNIJNIK, 2000, p. 18 e 28.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 28-9.

⁸⁷⁵ BECHARA, 2006, p. 215-6. Conforme o autor, no Brasil poder-se-ia caracterizar a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade do agente infiltrado como: “1) exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa; 2) como escusa absolutória; 3) excludente de ilicitude, e 4) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado”.

⁸⁷⁶ ARAÚJO, 2003, p. 89.

no cometimento de algum delito, como ritual de iniciação, para demonstrar respeito e submissão aos chefes do grupo.

Além dessa circunstância, o agente infiltrado poderá ter de cometer delitos na execução de sua missão, nas seguintes situações, como ensina Oliveira Rocha⁸⁷⁷:

a) o agente pratica infrações relacionadas com o objeto da investigação, isto é, aquelas que caracterizam a quadrilha infiltrada (por exemplo, venda de entorpecente, em uma quadrilha de traficantes); b) o agente pratica infração como condição para ser aceito no grupo organizado (por exemplo, um delito contra a integridade física ou patrimônio de um traficante rival); c) o agente se excede na prática dessas infrações; d) o agente pratica infrações em seu próprio proveito.

De um modo geral, a última hipótese elencada não encontra respaldo em nenhum ordenamento jurídico, sendo que o agente infiltrado responderá criminalmente pelos delitos que cometer em próprio benefício. Entretanto, quanto às outras hipóteses, verifica-se a possibilidade de exclusão da ilicitude, com algumas diferenças de acordo com cada sistema.

Na França, vigora o entendimento de que não responderá o agente infiltrado pelas infrações menores que cometer. Nos EUA, predomina o entendimento de que não há responsabilização criminal do agente infiltrado pelas condutas delituosas que cometer nessa situação, salvo nos delitos contra a vida e praticados para o próprio benefício.⁸⁷⁸

Mas há posições divergentes em relação à infiltração no sistema norte-americano. Ou seja, embora esteja encoberto por uma identidade falsa que esconde a sua condição de policial, no grupo criminoso o agente infiltrado sempre será considerado uma autoridade pública, no futuro processo. Ele só se desveste de sua condição de agente público em situações específicas da investigação, motivo pelo qual não tem uma autorização ilimitada para praticar ilegalidades.⁸⁷⁹

Na legislação alemã, é proibida a execução de qualquer conduta delituosa pelo agente infiltrado. No sistema da Espanha, há, por exemplo, a necessidade de autorização judicial para se adquirir e transportar instrumentos e objetos de crime.⁸⁸⁰

⁸⁷⁷ OLIVEIRA, 2002, p. 29. No mesmo sentido, ARAÚJO, 2003, p. 90. O autor afirma que para a total integração do agente numa organização criminosa, a hipótese de praticar alguns crimes não pode ser descartada. Ainda, cita Juan Muñoz Sanchez (*El agente*), sendo que este assevera que “ao buscar infiltrar-se no mundo da droga, o policial deve acostumar-se ao consumo e ao tráfico para relacionar-se com aqueles que se dedicam a esses crimes; ao buscar relação com uma quadrilha de falsificadores, deverá possuir dinheiro ou documentos falsos e equipamentos destinados à falsificação de papéis”.

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁷⁹ RAMOS, 2006, p. 180. Segundo o autor, no sistema norte-americano “[...] Não pode, por exemplo, torturar um membro da organização criminosa. As declarações que colher dos suspeitos, nesse contexto, não funcionam como confissão, porque os suspeitos decidiram-se pelas declarações sob falsa representação [...]”

⁸⁸⁰ ARAÚJO, 2003, p. 90-1.

A lei espanhola tem como regra, a irresponsabilidade criminal do agente infiltrado pela prática de crimes, desde que sejam direta e necessariamente ligados à investigação. No entanto, se houver excesso de parte do infiltrado, ele poderá responder como pondera Martínez⁸⁸¹:

El agente estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyen una provocación al delito.

A legislação argentina trouxe uma definição mais clara a respeito da responsabilização das condutas delituosas praticadas pelo agente infiltrado, definindo, inclusive, a forma de justificação do delito como “escusa absolutória”, no artigo 31 da Lei nº 23.737 – introduzido pela Lei nº 24.424, artigo 7º. De acordo com Oliveira Rocha⁸⁸²:

Não será punível o agente infiltrado que como consequência necessária ao cumprimento da atividade que lhe for incumbida ver-se compelido a praticar um delito, sempre que tal delito não implique colocar sob grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou a imposição de grave sofrimento físico ou moral a outrem.

De qualquer sorte, verifica-se que o tema da prática de crimes pelo agente infiltrado ou a necessidade de cometê-los para cumprir a sua missão é bastante polêmica, trazendo variantes que vão de uma admissão abrangente até uma proibição total.⁸⁸³ A única certeza que se tem a esse respeito é a de que paira grande insegurança jurídica sobre o seu atuar, situação que torna ainda mais difícil a implementação dessa modalidade investigatória.⁸⁸⁴

Outro problema da seara jurídica envolvendo o agente infiltrado é o que se refere a sua proteção. A práxis dos sistemas italiano e norte-americano deixou evidente que o modelo de proteção parcial – durante o processo - de testemunhas, peritos e agentes mostrou-se ineficiente e insuficiente para dar tranquilidade e segurança às pessoas colocadas nessa condição de

⁸⁸¹ MARTÍNEZ, 1999, p. 95.

⁸⁸² OLIVEIRA, 2002, p. 29.

⁸⁸³ BECHARA, 2006, p. 216. O autor afirma que, para não ocorrer a responsabilização criminal do infiltrado, presentes devem estar três circunstâncias, não importando qual a natureza jurídica da isenção: “a) que a atuação do agente infiltrado tenha sido judicialmente autorizada; b) que a atuação do agente infiltrado que comete a infração penal constitua uma consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação, além de proporcional à finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos; c) que o agente infiltrado não induza ou não instigue os membros da organização criminosa a cometer o crime, o que configuraria um delito provocado, o qual, devido à sua impossibilidade de consumação, é impune tanto em relação ao sujeito provocado como ao provocador. O provocador poderia responder pelo crime de abuso de autoridade”.

⁸⁸⁴ THUMS, 2007, p. 149-150.

colaboradores da Justiça.⁸⁸⁵

Nas organizações criminosas bem estruturadas ao estilo mafioso, há grande apego a “honra” e à lei do absoluto silêncio. As pessoas que quebrarem esse juramento ficam marcadas para sempre e podem ser perseguidas e “punidas” muito tempo depois. Além disso, uma das características dos processos envolvendo organizações criminosas é a busca da destruição dos meios de prova, visando à impunidade dos seus membros. Existe uma “cultura da supressão de provas”, que é, em regra, materializada pela violência contra quem quebra a “lei do silêncio” imposta pela organização.⁸⁸⁶

Fundada nessas experiências, a legislação da Argentina traz previsão expressa – artigo 9º, da Lei nº 23.737 - no sentido de que o agente infiltrado que esteja em perigo de ter a sua identidade revelada tem a faculdade de requerer a aposentadoria, independentemente do tempo de serviço que possua. Do mesmo modo, ocorre nos EUA. O modelo espanhol – artigo 11, da Lei nº 9.807/99 - como o brasileiro, traz apenas a proteção provisória (parcial) dos agentes, peritos e testemunhas, a qual termina no fim do processo, sendo que somente em casos de exceção pode ser estendida. Essa situação é muito criticada, uma vez que torna praticamente impossível a utilização com sucesso dessa metodologia de investigação.⁸⁸⁷

A legislação não garante um mínimo de proteção do agente infiltrado contra as retaliações que possa sofrer por ter atuado nessa condição.⁸⁸⁸ Inúmeras são as dúvidas e questões em aberto a esse respeito. Por exemplo, questiona-se se os familiares do infiltrado também receberão documentos falsos e terão proteção do Estado. As normas brasileiras nada esclarecem sobre isso.⁸⁸⁹

Um instituto como a opção da aposentadoria, com troca de identidade, após o fim da infiltração – conforme o caso concreto - seria uma maneira de proteger o agente e possibilitar a implementação dessa forma de investigação. Mas isso é impensável aqui no nosso Estado que sequer – ao contrário do que ocorre na União Federal e em boa parte do país – reconhece a aposentadoria especial do Policial Civil, no que conta, lamentavelmente, com o aval do Poder Judiciário gaúcho.

Ainda importa analisar as questões operacionais da infiltração policial. Obviamente que, para se atuar contra o crime organizado, implementando com sucesso, por exemplo, uma

⁸⁸⁵ OLIVEIRA, 2002, p. 31.

⁸⁸⁶ ARAUJO, 2003, p. 134-5.

⁸⁸⁷ OLIVERIA, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸⁸ QUEIROZ, 1998, p. 82. No caso da Itália, conforme o autor, foram mortos o juiz de instrução Rocco Chinnici; o deputado siciliano Pio La Torre, autor da lei que permitiu rastrear as operações financeiras e patrimônio de mafiosos; o juiz Rosário Livatino e o juiz Giovanni Falconi.

⁸⁸⁹ THUMS, 2007, p. 151.

operação de infiltração, é necessária uma polícia moderna e eficiente.⁸⁹⁰ Requerem-se meios operacionais quanto ao preparo e capacitação do pessoal – agentes policiais - bem como suporte material a contento, com o acesso da Polícia Judiciária a todos os recursos tecnológicos e científicos disponíveis, mormente daqueles relacionados à informática e telecomunicações.⁸⁹¹

É sabido que as organizações criminosas contam com uma estruturação especializada e hierarquizada, motivo pelo qual não é tarefa fácil fazer ingressar nela um agente infiltrado. Além da voluntariedade, o policial para atuar como infiltrado precisa estar preparado para a rotina diária de uma organização criminosa, como a forma de falar, de agir e de se comportar diante de situações de risco e de estresse, porque se perder o controle ou entrar em pânico, além de comprometer a operação, poderá até ser morto.

Isso implica capacitação psicológica, moral e intelectual, uma vez que o infiltrado terá de interpretar um papel, um personagem, quase que em uma obra teatral ou cinematográfica. Mas o infiltrado deverá ter a consciência de que a forma como age e vive naquela circunstância é uma simulação, um papel fictício, e deve ser diferenciado de sua vida real.

O agente infiltrado deve ter a preparação técnica adequada para ter o discernimento necessário e priorizar as informações e provas que mais lhe interessam durante a operação. Deve visar, sempre, à finalização de sua atuação no menor tempo possível, para buscar o afastamento da organização e cessação dos riscos que lhe são inerentes.⁸⁹²

Além disso, deve a operação de infiltração e o agente contarem com uma equipe de apoio sempre acessível e disponível para atuar tanto na preparação da investigação, como para momentos de imprevistos e urgências. Será necessário “criar o personagem” do qual se utilizará o agente infiltrado para penetrar na organização criminosa, de preferência sendo ele um indivíduo com uma “carreira” respeitável no mundo do crime.

Para isso, terá de haver o fabrico – falsificação – de documentos: identidade, carteira profissional, de habilitação, folha de antecedentes criminais, etc. Salienta-se que todas essas informações deverão ser forjadas nos sistemas informatizados estatais, pois a organização poderá estar também “infiltrada” no aparelho estatal ou através de outros meios, checar a

⁸⁹⁰ QUEIROZ, 1998, p. 69.

⁸⁹¹ THUMS, 2007, p. 152.

⁸⁹² OLIVEIRA 2002, p. 32.

autenticidade dos documentos e informações apresentadas pelo infiltrado.⁸⁹³ O infiltrado também deverá ter a sua disposição dinheiro, moradia, veículos, visando garantir o segredo de sua identidade, de sua segurança pessoal e êxito na investigação.⁸⁹⁴

A par dessas assertivas e diante das carências crônicas de nosso aparelho repressivo, mormente da Polícia Judiciária, não é de se estranhar que essa forma de investigar seja novidade absoluta no seio das instituições responsáveis pela apuração de delitos. Verificou-se nesse trabalho que, em regra, a aparato investigatório não conta as mais essenciais condições humanas e materiais para realizar sua função – há falta de papel, computadores, viaturas, coletes, rádios, telefones, recursos periciais, etc. Então como dispor daqueles mínimos meios antes mencionados?

Em relação à questão do pessoal, além das carências elencadas – metade do efetivo previsto - há o problema da capacitação necessária para uma tarefa complexa e perigosa como uma infiltração. Em primeiro lugar, diante da insegurança jurídica que paira sobre o tema, a baixa remuneração dos policiais – atualmente um agente em início de carreira recebe R\$ 1.300,00 brutos aqui no Estado - seria muito difícil termos voluntários para esse tipo de operação.⁸⁹⁵ Em segundo lugar, não temos o aparato técnico para selecionar e dar a mínima capacitação técnica a um futuro agente infiltrado.

Mas a questão vai além do próprio agente. Pensamos que as instituições do sistema repressivo não estão preparadas para lidar com situações extremas que podem decorrer de uma ação de infiltração. Essa preparação não diz respeito somente a questões jurídicas e materiais, mas também com as morais, éticas e, principalmente, corporativas.

Ou seja, não é só o infiltrado que deve ser selecionado e qualificado para trabalhar nesse tipo de operação, mas o corpo técnico e institucional que lhe dá suporte também. Isso serve, também, para o Ministério Público e Judiciário. Particularmente, o Poder Judiciário terá de ser dotado de uma agilidade e flexibilidade que hoje não possui.⁸⁹⁶

Além disso, os integrantes e membros dessas instituições são pessoas e estão suscetíveis a pensamentos corporativos, à corrupção, comportamentos antiéticos, ilegais e arbitrários, que poderiam colocar em risco a segurança do infiltrado, de terceiros, além de levar ao insucesso da

⁸⁹³ THUMS, 2007, p. 151. O autor questiona quem confeccionará tais documentos falsos? A preocupação procede, uma vez que a prática demonstra que a estrutura do Estado é muito burocratizada e pouco flexível para lidar com essas situações. Tomemos, por exemplo, o caso das placas discretas que a Polícia Civil utiliza em seus carros. Hoje se precisa pedir autorização ao DETRAN-RS para que este faculte a possibilidade de utilização desse documento. O próprio DETRAN-RS é que informará o número falso a ser utilizado. Mas como fica a segurança nesse caso? Para se trocar por outro número, quando aquele for “queimado”, precisa-se repetir o mesmo procedimento, o qual leva meses para tramitar. Imaginem só para falsificar documentos!?

⁸⁹⁴ OLIVEIRA, 2002, p. 32.

⁸⁹⁵ Essa informação refere-se ao ano de 2009, mais especificamente ao mês de dezembro.

⁸⁹⁶ QUEIROZ, 1998, p. 69.

investigação. Assim como não pode ser qualquer agente que pode atuar como infiltrado, isso se aplica a todo o sistema estatal que está por trás dele.

Desse modo, pensamos que estamos longe da possibilidade real de utilizar a infiltração de agentes como método de investigação. Entendemos que não são os problemas jurídicos os principais empecilhos, mas sim os problemas operacionais. Não basta destemor, boa vontade e o empenho do infiltrado e outros agentes públicos envolvidos; é necessário, também, preparação da estrutura operacional, a qual não existe nem minimamente.⁸⁹⁷

4.3.5 Da colaboração processual e delação premiada

Dentre as metodologias investigatórias que vem sendo introduzidas há pouco tempo em nosso sistema processual, os institutos da colaboração processual e da delação premiada ganharam destaque.⁸⁹⁸ Conforme o caso, elas podem incidir sobre o desenvolvimento da investigação, do resultado do processo, ou sobre a dosimetria da pena, com diminuição da sanção aplicada pelo Juiz na sentença.

A colaboração processual trata de circunstância na qual, na fase da investigação criminal, o investigado assume a autoria do fato ou dos fatos investigados, bem como colabora para que outros crimes não sejam praticados, além de ter importante participação na colheita de provas contra os demais investigados.

O uso do termo *colaboração processual* deriva de tendência internacional em relação ao assunto. Ou seja, embora na prática possa se efetivar tanto a colaboração pré-processual do investigado, como a colaboração processual do acusado, a doutrina em direito comparado tem utilizado o termo em sentido *lato sensu*. Desse modo, quando se fala em colaboração processual, ela influirá tanto no curso da investigação preliminar como na solução da ação penal.⁸⁹⁹

Na Inglaterra, em 1775, no caso Rudd, foi a primeira vez em que houve uma decisão judicial admitindo o depoimento de um réu (*crown witness*) que delatou os demais autores para receber a imunidade e não ser punido. Depois, o instituto foi, também, utilizado em casos

⁸⁹⁷ THUMS, 2007, p. 152. Nesse sentido cabe pontuar que, se aprovado, o projeto 150/06, conforme mencionamos alguns desses problemas venham a ser solucionados, quanto a essa metodologia investigativa.

⁸⁹⁸ QUEIROZ, 1998, p. 71-179/185. Conforme o autor, já em 1997, tramitava o projeto de lei 3.731/97, o qual, no seu artigo 11, criava a delação premiada no Brasil. Naquela época, já se via a necessidade de novos institutos processuais capazes de facilitar a prova nos casos que envolviam organizações criminosas. Passados doze anos, embora criado o instituto jurídico da colaboração processual, ele tem sido pouco utilizado, mormente pelo problema de se oferecer proteção aos delatores.

⁸⁹⁹ ARAUJO 2003, p. 77.

envolvendo crimes contra o Estado (caso Blunt – 1964), terrorismo na Irlanda do Norte, em 1982, e em caso de crimes econômicos, em 1972, bem como na perseguição do crime organizado, em 1982, no caso Smith.⁹⁰⁰

Na Itália, embora não se possa precisar o momento em que surgiu a figura do colaborador, esta teve grande incentivo a partir da década de setenta, como meio de investigação do terrorismo, principalmente nos casos de extorsão mediante sequestro. Mas foi na década de oitenta que atingiu grande relevância na perseguição dos crimes praticados pela máfia.⁹⁰¹

Com chamado *pentitismo* da máfia italiana, foi possível as autoridades da Itália vislumbrarem a organização das máfias e, com isso, melhoraram as normas legais destinadas a apuração dos crimes dessas organizações criminosas. A partir daí, foi criada uma estrutura organizacional no aparelho repressivo do Estado, chamado de Setor de Colaboradores da Justiça. Ele teve tal êxito no seu funcionamento que chegou a incentivar a colaboração de pessoas que não tinham grande papel dentro da hierarquia mafiosa, as quais buscavam as benesses do sistema de proteção estatal, circunstância que acabou por se tornar um problema.⁹⁰²

No Direito norte-americano, a colaboração processual se dá principalmente pelos acordos entre a Promotoria Pública e o acusado, com a chamada *plea bargaining*, sendo uma prática comum e aceita pela cultura jurídica dos EUA. Nesses casos, as partes – promotor e acusado – solicitam ao Juiz que prolate antecipadamente a sentença, uma vez que acordaram em relação à natureza jurídica do fato e da responsabilização do imputado por ele.⁹⁰³

Esse modelo vem da tradição calvinista, na qual o acusado ao confessar publicamente a culpa, demonstrando arrependimento, ia ao encontro da tradição cristã. Mas essa não é a finalidade dos acordos de colaboração que ocorrem atualmente. Segundo Araujo da Silva⁹⁰⁴:

Atualmente, a admissão de culpa não se destina à satisfação da moral pública, podendo resultar em eficaz estratégia do Ministério Público para obter a condenação dos chefes do crime organizado. Aceitando a proposta do procurador para “testemunhar” em favor da acusação, o colaborador é incluído num *witness profession program*, no qual poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão.

O modelo norte-americano da *plea bargaining* influenciou diversas legislações, as quais adotaram mecanismos de consenso, a partir da admissão de culpa do acusado, com aplicação de

⁹⁰⁰ ARAÚJO, 2003, p. 78.

⁹⁰¹ QUEIROZ, 1998, p. 61-3. Na década de noventa, o juiz Giannicola Sinisis tornou-se um dos magistrados mais temidos pela Máfia na Itália. Isso decorreu pelo fato de ele ter um dos seus projetos convertidos em Lei, mais precisamente aquele que estimulava a participação de colaboradores nos processos movidos pela Justiça contra o crime organizado. A chamada “Lei dos Arrependidos”.

⁹⁰² ARAUJO, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁰³ RAMOS, 2006, p. 188.

⁹⁰⁴ ARAUJO, *op. cit.*, p. 78,

penas negociadas. Isso ocorreu, além da Itália, em Portugal e na Espanha, por exemplo. Na Inglaterra, ocorre por meio da *plea guilty*, na qual pode ser aplicada a pena decorrente apenas da confissão do acusado. Nem todas essas legislações foram criadas como mecanismos de colaboração processual propriamente ditos. Mas, na medida em que se baseiam na admissão de culpa pelo imputado, mediante a imputação de fato delituoso menos grave e, conseqüentemente de abrandamento penal, acabam por se enquadrar, *lato sensu*, nesse mecanismo.⁹⁰⁵

No sistema brasileiro, é mais utilizado o termo “delação premiada”, que é menos amplo do que a colaboração processual. Isso porque, via de regra, fica restrita ao direito material e de aplicação somente judicial, na fase da sentença, com a redução de pena e aplicação do perdão

⁹⁰⁵ GIACOMOLLI, 2006, p. 38-45.

judicial, conforme já explicamos.⁹⁰⁶

No nosso Direito, o instituto da delação premiada foi primeiramente introduzido com o advento da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), a qual dispôs no artigo 8.º, parágrafo único, que o partícipe ou o associado que denunciassessem à autoridade o bando ou a quadrilha e propiciassem

⁹⁰⁶ BRASIL. **Senado Federal.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859. Acesso em: 18 maio 2010. O referido projeto de lei do Senado Federal de n.º 150/06, assim disciplina sobre o instituto que denomina de “colaboração premiada”: “Art. 4º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento conjunto das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização da eventual vítima com a sua integridade física preservada. §1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. §2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público poderá requerer ao juiz a concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que este benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, o que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). §3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses prorrogáveis, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia: I – se o colaborador não for o líder da organização criminosa; II – se o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5º Se a colaboração for posterior à sentença a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. § 7º Realizado o acordo entre as partes, o Ministério Público remeterá o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender os requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. § 9º As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. § 10 A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua respectiva eficácia. § 11 Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. §12 No ato de formalização do termo de aceitação da proposta de colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. § 13 Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. § 14 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. § 15 Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o agente deverá estar assistido por defensor. § 16 Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados no inquérito conduzido por delegado de polícia de carreira, nos autos de peças de informação formalizados pelo Ministério Público e no processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais co-réus ou condenados. Art. 6º Ao término da investigação ou da instrução criminal, se o Ministério Público verificar a falsidade das declarações do colaborador ou de provas que lhe tenham sido apresentadas, ou a não-obtenção de qualquer dos resultados referidos no art. 4º, em manifestação fundamentada, promoverá ação penal contra o colaborador. Parágrafo único. As provas fornecidas voluntariamente pelo colaborador e que o incriminem não poderão ser consideradas na persecução criminal contra ele iniciada, nos termos do caput deste artigo. Art. 7º O termo de acordo entre o Ministério Público e o colaborador deverá ser feito por escrito e conter: I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as condições da proposta do Ministério Público; III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – a possibilidade de o Ministério Público rescindir o acordo nas hipóteses de falsa colaboração ou se desta não advierem quaisquer resultados previstos no art. 4º; V – as assinaturas do representante do Ministério Público, do colaborador e de seu defensor; VI – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário. Art. 8º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia de carreira, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova já documentados que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial. § 3º O acordo de colaboração criminal deixa de ser sigiloso, assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”.

a sua desarticulação, teriam a pena diminuída de um a dois terços. O surgimento do instituto da delação premiada no nosso sistema foi inspirada na legislação italiana, que premiava a confissão e a delação de parte dos acusados de terrorismo arrependidos.⁹⁰⁷

Depois a Lei nº 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária, Economia e Relações de Consumo) trouxe dispositivo semelhante. A Lei nº 9.296/96 estendeu a delação premiada ao crime de extorsão mediante sequestro, com redução de pena (um a dois terços) para aquele que denunciar o crime à autoridade, permitindo a libertação da vítima. Nos crimes cometidos pelas denominadas organizações criminosas, da Lei nº 9.034/95, também foi previsto o instituto da delação premiada, com pena reduzida de um a dois terços, no caso da colaboração voluntária do investigado tornar possível a apuração dos crimes e seus autores.⁹⁰⁸

Com a Lei nº 9.613/98, relativa aos crimes relativos à lavagem de dinheiro, novamente tivemos dispositivos relativos à delação premiada. No artigo 1.º, § 5.º, além da redução da pena, foi acrescentado cumprimento da pena em regime aberto. Também foi trazido o benefício a ser deferido pelo Juiz, referente a não aplicação de pena ou substituição da pena por prestação de serviço ao autor, coautor ou partícipe que, voluntariamente, colaborasse com as autoridades, dando informações que levassem ao esclarecimento do fato, localização bens, valores do crime e apuração da autoria.⁹⁰⁹

Ainda tivemos a Lei nº 9.807/99, que trata da Proteção a Vítimas e Testemunhas, a qual buscou padronizar e harmonizar a aplicação desse instituto, tornando possível, além da redução da pena, até mesmo a aplicação do perdão judicial dos agentes colaboradores, os quais, de forma eficaz e voluntária, auxiliarem a Justiça na apuração do fato e autoria.⁹¹⁰

No sistema brasileiro, especificamente em relação à *colaboração processual*, houve uma tentativa de regulação do tema na Lei nº 10.409/02 que tratava da persecução dos delitos relativos às drogas ilícitas. No artigo 32, § 2.º dessa lei, pela primeira vez, foi prevista no Brasil a possibilidade de um acordo entre o Ministério Público e o investigado que colaborasse na fase pré-processual.⁹¹¹

A norma previa a possibilidade do sobrestamento do processo ou redução da pena, mesmo que decorrente entre o investigado e o Ministério Público. Para isso, o investigado, de forma voluntária, deveria revelar a existência de uma organização criminosa, permitindo a prisão dos integrantes, apreensão de substâncias ilícitas, ou beneficiando, de qualquer forma, a Justiça.

⁹⁰⁷ QUEIROZ, 1998, p. 33.

⁹⁰⁸ OLIVEIRA, 2002, p. 77-8.

⁹⁰⁹ THUMS, 2007, p. 212.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais co-autores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 202, set. 2009.

Ainda no artigo 37, IV, daquela lei, foi expresso que o Ministério Público poderia declinar, fundamentadamente, de ingressar com a ação penal contra partícipes ou contra autores do crime.⁹¹²

Mas a Lei nº 10.409/06 foi revogada pela nova Lei de Drogas - 11.343/06 - que no artigo 41, previu, de forma precisa, a premiação do indiciado ou do acusado que colaborar voluntariamente na fase da investigação policial, bem como na ação penal. Mas deverá a colaboração resultar na apuração dos demais agentes envolvidos nos fatos, recuperação total ou parcial dos produtos do delito, sendo que nessas circunstâncias e em havendo condenação, o delator terá direito à redução de um a dois terços da pena que lhe for aplicada.⁹¹³

Como a lei fala em *indiciado ou acusado*, isso torna evidente que a colaboração pode se dar tanto na fase pré-processual – investigação preliminar - como no curso da ação penal. No caso da fase pré-processual, as entrevistas sobre o acordo entre o investigado com o Ministério Público, a respeito da delação premiada, deverão ser tomadas a termo e assinadas pelas partes. É indiscutível que para evitar problemas futuros, como alegações de coação ou desconhecimento da lei e dos termos do acordo, o investigado deverá estar acompanhado de advogado quando das tratativas com o Ministério Público.⁹¹⁴

Mas em qualquer das situações previstas nas legislações, os efeitos do instituto da delação premiada no Brasil pouco ou nada se fizeram sentir. São raros os casos de aplicação com sucesso dessa metodologia investigatória. Além disso, segundo Estellita⁹¹⁵, o instituto não tem amparo legal no nosso sistema:

[...] no estágio atual de nosso direito positivo, a celebração de qualquer acordo entre acusação e indiciado/imputado ou entre o juiz e indiciado/imputado é ilegal. Quer sob o ponto de vista de “negociação” da aplicação da redução da pena ou do perdão judicial, quer sob o ponto de vista da concessão de benefícios processuais: nosso direito positivo “*não prevê a concessão de benefícios de caráter processual ao imputado colaborador, isto é: os benefícios se restringem à redução da pena, concedida pelo magistrado ao final da persecução penal.* Por isso, em virtude da *regra da obrigatoriedade da ação penal*, os acordos “informais” celebrados entre acusação e defesa, no Brasil, homologados ou não pelo juiz, são ilegais.

⁹¹² ARAUJO, 2003, p. 81.

⁹¹³ ESTELLITA, 2009, p. 2.

⁹¹⁴ THUMS, 2007, p. 214-5. O autor refere que na prática o Ministério Público vem se recusando a celebrar acordos com autores de delitos graves, sob a alegação que seria inconcebível transacionar com criminosos. Thums critica essa posição, a qual acha falso-moralista, pois uma vez que o legislador abriu a possibilidade de o acordo ocorrer dessa forma, e não caberia agora ao Ministério Público ou ao Estado-Juiz não aplicá-lo ou não o cumprir sob tais argumentos. Além disso, o autor refere que esse tipo de instituto tornaria muito mais eficaz o sistema de persecução criminal, mormente em relação a macrocriminalidade, ainda mais no Brasil que tem uma alta taxa de criminalidade não apurada pela investigação ou pela ação penal.

⁹¹⁵ ESTELLITA, *op. cit.*, p. 2. A autora afirma ainda que esse instituto viola o devido processo legal: “A homologação de acordo pelo magistrado implica *dupla violação* aos cânones mais básicos do *due process of Law*: de um lado retira-lhe a *imparcialidade objetiva* e, de outro, *impede o desenvolvimento contraditório do processo*”.

Tem-se como uma escassa situação em que se obteve êxito aquela vivida no interior do Estado de São Paulo em que uma professora delatou os sequestradores de um garoto que ela própria tivera sob cárcere por um período. Em nosso país, importa ressaltar, não se possui uma estrutura organizada visando à proteção de testemunhas, muito menos de delatores, como acontece no caso norte-americano, no qual os colaboradores são enviados para outros estados do país ou mesmo para fora dele, dispondo de uma nova identidade tanto para familiares, como para eles próprios.⁹¹⁶

Mesmo depois da Lei nº 9.807/99 que dispôs sobre a proteção de testemunhas – um colaborador passa a ser testemunha - na prática é muito difícil que o sistema realmente proteja os incluídos no programa. O que se tem conhecimento é que a proteção se efetiva através de uma espécie de detenção do protegido, o qual fica praticamente encarcerado.

Na verdade, nós que conhecemos o sistema, não nos sentimos nem um pouco à vontade para propor esse instituto a potenciais delatores. Sabemos que não podemos oferecer garantias reais de proteção contra os demais integrantes da organização criminosa ou contra outros agentes que possam atuar a mando do crime organizado.

Com relação ao disposto na Lei nº 11.343/06, sobre a delação premiada, Thums⁹¹⁷ levanta críticas, pois entende que a legislação poderia ter avançado mais, vejamos:

Poderia iniciar prevendo o oferecimento de prêmio mais atrativo, como a possibilidade de extinção da punibilidade pelo perdão judicial e isenção de pena, como prevê a Lei 9.807/99, que não pode ser aplicado aos crimes de drogas, uma vez que, para esses, há previsão específica na Lei 11.343/06. [...] na posterior proteção não só do indiciado ou acusado colaborador como, igualmente, de seus familiares, em face das ameaças e represálias que provavelmente advirão do mundo do tráfico.

Em face desses problemas operacionais, as autoridades devem encarar com muita responsabilidade a utilização do instituto da delação premiada e colaboração processual, uma vez que os riscos para os delatores e familiares são muito altos. Não podemos nos esquecer

⁹¹⁶ QUEIROZ, 1998, p. 33.

⁹¹⁷ THUMS, 2007, p. 224. O autor refere que, em relação às medidas de proteção, conforme prevê a Lei de Drogas, poderá se fazer valer do disposto no Art. 15, da Lei 9.807/99.

que, dentre outras características, o crime organizado apresenta a “morte como técnica dos negócios”.⁹¹⁸

Todas essas lacunas ou omissões legislativas tornam os institutos da colaboração processual ou delação premiada confusos e inseguros – para todas as partes. Por conta disso, são raros os casos de delatores que colaboram com a Justiça no Brasil, sendo que as legislações sobre o tema podem resultar absolutamente ineficazes, em termos práticos, como metodologia investigatória.⁹¹⁹

Esse quadro é lamentável, pois se sabe que nos países em que de fato se oferece proteção a pessoas que se proponham a colaborar, o instituto da delação premiada ou colaboração processual tem sido meio muito eficaz, mormente na persecução da criminalidade organizada.

É óbvio que o adequado seria não precisarmos da colaboração de criminosos para se realizar a persecução criminal. O ideal é que o Estado, através dos órgãos responsáveis pela repressão dos delitos, por meio da inteligência, da investigação e de pessoal altamente treinado e equipado, apurasse e punisse os delitos, mas sabemos que, infelizmente, isso é uma utopia no Brasil na atualidade.

Portanto, institutos como a colaboração processual e da delação premiada ainda são importantíssimos na repressão da criminalidade, mormente em relação à organizada. Mas pelo que se vislumbra, lamentavelmente, muito pouco utilizaremos as legislações criadas no país sobre o tema. E elas, como tantas outras pertinentes leis criadas no Brasil, cairão em desuso e no esquecimento.

4.3.6 Das interceptações e quebra de sigilo de dados e comunicações

Em termos de novas metodologias investigatórias, pode-se afirmar que a quebra de sigilo de dados telefônicos e interceptação das conversações sejam, na atualidade, os dois institutos mais utilizados e eficazes, mormente quando se trata da apuração de crimes de maior complexidade e

⁹¹⁸ ROCHA, 2003, p. 183-4. O autor refere que o crime organizado tem as seguintes características: “a) **Unidade de ação.** As ações ilícitas são determinadas por executivos e administradas e executadas pessoalmente por subordinados da Organização. A entidade funciona com várias pessoas, sob o comando de um chefe, que opera por controle remoto, por uma hierarquia de subchefes; b) **Morte como técnica dos negócios.** Ameaça, chantagem e terror para intimidar as vítimas e as testemunhas. E a lei do silêncio, para justificar o homicídio de alguém que delatou os negócios da organização; c) **Método de expansão,** por meio de grupos regionais; e, d) **Prática da corrupção.** A organização opera livremente, corrompendo os agentes dos órgãos fiscais”. Grifos nossos.

⁹¹⁹ THUMS, 2007, p. 224.

praticados pelas chamadas organizações criminosas.⁹²⁰ Por outro lado, temos direito fundamental de sigilo nas comunicações garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XII, o qual, por exceção prevista em lei, pode ser violado.⁹²¹

O tema não é novo, uma vez que a Constituição de 1967 já previa expressamente o sigilo das comunicações no Brasil, inclusive sem ressalva alguma para a sua violação.⁹²² Ainda importa salientar que a Emenda Constitucional de 1969 da mesma forma tutelava o sigilo das comunicações quando dizia no artigo 153, § 9.º, que eram invioláveis o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.⁹²³

Dessarte, verifica-se que na vigência de tais normas constitucionais havia alguma divergência sobre a possibilidade constitucional ou não de violação autorizada pela Justiça de dados e conversações telefônicas. Mas a doutrina acabou por consolidar a tese de que norma constitucional alguma traz direito absoluto, motivo pelo qual havia a possibilidade de se efetivar a quebra do sigilo telefônico – dados e conversações.

Mas a Constituição Federal de 1988, trouxe a definição sobre o assunto, tanto ao direito a sigilo telefônico, quanto à possibilidade de sua quebra mediante autorização judicial, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, conforme estabelecesse lei posterior. Desse modo, em 1996, foi promulgada a lei 9.296/96 que disciplinou o tema. O instituto nesse período não foi objeto de grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.⁹²⁴

No entanto, isso mudou a partir do momento em que passaram a ser investigados crimes de “colarinho branco”, mormente pela Polícia Federal, cujas investigações atingiram agentes

⁹²⁰ BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859. Acesso em: 18 maio 2010. O projeto de lei do Senado Federal, de n.º 150/06, assim disciplina sobre a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, acesso a registros de ligações telefônicas, dados cadastrais e interceptação de comunicação telefônica: “Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; [...] IV - acesso a registros de ligações telefônicas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais, comerciais, de concessionárias de serviços públicos e de provedores da rede mundial de computadores; V – interceptação de comunicação telefônica e a quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; [...] Art. 16 O delegado de polícia de carreira e o Ministério Público poderão, desde que precedido de autorização judicial, requisitar o fornecimento de informações bancárias, comerciais, eleitorais, telefônicas e de provedores da rede mundial de computadores – Internet. [...] § 2º A exigência de autorização judicial não se aplica a dados de natureza cadastral, que deverão integrar o inquérito policial, os autos de peças de informação ou a denúncia. [...]”

⁹²¹ A questão relevância da interceptação telefônica como metodologia investigativa, voltou à tona, com contornos polêmicos, depois das denúncias envolvendo o atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, dando conta de que todos os seus telefones haviam sido grampeados sem autorização judicial pela Agência Brasileira de Inteligência, conforme noticiou amplamente a imprensa do país. Por conta de tal fato, a extensão da Lei 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII da CF voltou a estar em voga no Brasil.

⁹²² Entretanto o Código Brasileiro das Telecomunicações daquela época dizia que não se caracterizava “*violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste*”.

⁹²³ THUMS; PACHECO, 2007, p. 160.

⁹²⁴ LIMA, 2002, p. 52-4.

políticos, funcionários públicos de alto escalão e abastados empresários.

Nessas investigações, a autoridade condutora das investigações passou disponibilizar à mídia as conversações gravadas, as quais, dependendo do caso – de pessoas envolvidas - tiveram grande divulgação e geraram intensas polêmicas. Pode-se afirmar que essa conduta das autoridades investigatórias de divulgar as conversações é de duvidosa legalidade e foi um dos fatores que ressuscitou a polêmica sobre a violação do sigilo telefônico.

Polêmicas à parte, ao se analisar o instituto da quebra do sigilo telefônico, é importante que se fixem algumas diferenciações primárias sobre o tema. Há que se diferenciar a interceptação telefônica, a quebra de sigilo de dados, a escuta telefônica e a gravação clandestina ou ambiental. A *quebra de sigilo de dados* trata de acesso somente aos dados dos usuários do serviço de telefonia.⁹²⁵

Normalmente na investigação criminal, tem-se o número do terminal, mas não a identificação e a qualificação da pessoa à qual ele está vinculado. Desse modo, a autorização judicial de acesso aos dados pode ser um fim em si mesma – somente saber quem é o interlocutor do terminal - ou apenas a primeira medida para um futura interceptação de conversas telefônicas.

Já a interceptação telefônica *lato sensu* se divide em escuta e gravações telefônicas. Conforme Thums⁹²⁶:

A interceptação telefônica se dá quando terceira pessoa capta a conversa dos interlocutores, sem que eles tenham conhecimento; a escuta telefônica se dá quando terceira pessoa capta a conversa dos interlocutores com o conhecimento de um deles; na gravação telefônica, um interlocutor grava a sua conversa sem que o outro interlocutor saiba. Nesta forma de captação de comunicação, não há intervenção de uma terceira pessoa. [...] A Lei 9.296/06 trata tão somente da interceptação e da escuta telefônica [...].

A gravação telefônica ou ambiental, via de regra, era considerada *clandestina* pela doutrina e jurisprudência,⁹²⁷ sendo que na vigência da Lei 10.409/02 foi considerada legal. No entanto, a Lei nº 11.343/06 novamente vedou a sua utilização.⁹²⁸ Na verdade, a própria Lei 9.296/96 não deixou clara a situação da gravação clandestina.

Assim como ocorre sigilo de correspondência, há o sigilo com relação a terceiros e não entre o remetente e o destinatário, os quais poderão quebrá-lo havendo causa justificada para tal. É aconselhável, portando, na avaliação da validade da prova obtida na interceptação, uma posição

⁹²⁵ Como se viu no texto do projeto do Senado Federal de n.º 150/06, para a quebra do sigilo dos dados cadastrais não será mais necessário autorização judicial. Essa medida, se aprovada, trará agilidade à investigação, sem dúvida alguma.

⁹²⁶ THUMS, 2007, p. 161.

⁹²⁷ LIMA, 2002, p. 58-59.

⁹²⁸ THUMS, *op. cit.*, p. 162.

um tanto flexível do intérprete: de um lado, é necessária a exigência do cumprimento das regras legais de garantias do sigilo das comunicações das pessoas; mas a interpretação, quanto à validade do conteúdo das interceptações como elemento probatório, não deverá ser excessivamente rígida, devendo ser avaliada no caso concreto.⁹²⁹

Então, o certo é que a doutrina não é pacífica no que diz respeito ao âmbito de incidência da Lei nº 9.296/96. Uma corrente aceita que apenas a interceptação telefônica é normatizada por essa lei.⁹³⁰ Já outra advoga que a escuta telefônica também foi abrangida pelo texto legal em questão.⁹³¹

Discorrendo sobre o direito à privacidade e os limites de emprego de institutos de investigação criminal como as interceptações telefônicas no Processo Penal da Alemanha, Roxin⁹³² afirma que o direito à vida privada e personalidade, por questão de princípio, é protegido contra a intervenção estatal, acrescentando ainda:

Por consiguiente, cualquier intromisión en el ámbito privado de las personas es admisible únicamente hasta el límite explícitamente permitido por la ley. La ley consiente una multiplicidad de tales intervenciones en los derechos, entre otros el secuestro de bienes Y las interceptaciones telefónicas; sin embargo, estas injerencias non son permitidas en general, sino solamente en determinadas circunstancias específicas, y estas condiciones patentan el equilibrio procesal entre el interese en la persecución penal y el derecho al ámbito privado de la personalidad. Por ejemplo, una orden para interceptar un teléfono puede ser expedida solamente cuando se trate de delitos graves que estén catalogados como tales en la ley.

Conforme Catena, na Espanha, embora o segredo das comunicações também seja considerado um direito fundamental, o artigo 579.2 da Lei de Processamento Criminal (LECRim) dispõe que o Juiz, mediante decisão motivada, poderá autorizar a intervenção nas comunicações telefônicas do investigado, pelo prazo de três meses, prorrogáveis por igual período. Todavia a medida somente será autorizada à Polícia Judiciária havendo indícios do crime, bem como seja demonstrada a relevância probatória da medida cautelar. A intervenção pode consistir na escuta e na gravação das conversações, bem como no controle das chamadas realizadas.⁹³³

Na Itália, de acordo com Cordero, a legislação atual autoriza a interceptação de sinais, mensagens e conversações de comunicações. Também são possíveis de interceptar fotografias,

⁹²⁹ LIMA, 2002, p. 56.

⁹³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei 9.296/96 de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6-8.

⁹³¹ GRINOVER, Alda Pelegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 5, n. 17, jan./mar. 1997. A autora tem esse posicionamento, tendo em vista que o art. 1º da Lei determina que as normas nela contidas têm extensão à “*interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza*”.

⁹³² ROXIN, 2007, p. 102.

⁹³³ CATENA, 2001, p. 245-7.

filmes, em qualquer lugar, inclusive no domicílio do investigado. As interceptações são autorizadas em relação a alguns delitos definidos em lei, mas no caso de captação de conversação entre presentes, em domicílio, ainda é exigido o requisito de que ali esteja ocorrendo um delito. A medida cautelar necessita de autorização judicial e será operacionalizada pelo investigador – Ministério Público e/ou Polícia Judiciária - pelo prazo de quinze dias, prorrogáveis por igual período.⁹³⁴

No sistema norte-americano, a discussão jurídica acerca das interceptações de comunicações está na seara da abrangência da 4ª emenda. Esta norma constitucional protege o cidadão contra buscas desarrazoadas por parte do poder público, inclusive amparada na expedição de mandados, sem causa provável. Fundamentalmente, a 4ª emenda protege o direito de propriedade do cidadão contra a ação do Estado.⁹³⁵

Por esse motivo, a interceptação ilegal de comunicações ou com mandado sem fundamento em causa provável está no mesmo patamar de uma busca e apreensão realizada, nessas mesmas condições, na casa do investigado, por exemplo. Em qualquer dos casos, as evidências coletadas não terão validade, uma vez que obtidas de modo ilícito. Por outro lado, se ela não violar fisicamente o direito de propriedade, a interceptação é considerada legal, Segundo Ramos⁹³⁶:

Uma interceptação telefônica, por exemplo, se fosse feita a partir dos fios externos da residência de alguém, seria sempre permitida e não dependeria de autorização judicial. Essa doutrina foi notavelmente expressa em três julgamentos da Suprema Corte, *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914), *Olmsted*, 277 US 444 (1928) e *Goldman v. United States*, 316 US 129 (1942).

As escutas eletrônicas (*electronic eavesdropping*), a priori, nos EUA, também estão dentro da esfera de abrangência da 4ª emenda, enquadrando-se dentro da proibição de buscas desarrazoadas. No entanto, no caso de êxito das escutas, com a captação de conversas do investigado, a avaliação do caso também ocorrerá com base no disposto na 5ª emenda, na parte

⁹³⁴ CORDERO, 2000, p. 170-1. O autor refere que, no caso da criminalidade organizada, não é exigido o requisito de estar ocorrendo o delito, no caso das conversações entre presentes, no domicílio. O prazo também é mais dilatado: a interceptação é autorizado por quarenta dias, prorrogáveis por até mais vinte dias, num total de sessenta dias. No caso da criminalidade organizada, nos casos de urgência, poderá o Ministério Público ou a Polícia Judiciária ordenar a interceptação, mas com a obrigação de obter a convalidação judicial em quarenta e oito horas, sob pena de invalidade da prova.

⁹³⁵ RAMOS, 2006, p. 121-129-265. Vale citar o texto da 4.ª emenda trazido pelo autor: “[...]. Emenda IV – O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas papéis e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas”.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 129.

relativa ao direito do imputado não se autoincriminar forçosamente.⁹³⁷

No caso brasileiro, a Lei nº 9.296/06 fixou como pressuposto para a autorização da interceptação telefônica, no artigo 2.º, a existência de indícios razoáveis de autoria ou de participação na infração penal; a prova não poder ser obtida de outra forma; e o fato se for crime punido com reclusão. Ou seja, há a necessidade do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, artigo 2.º, II e 4.º, da Lei, os quais estão respaldados pelo texto constitucional. Não havendo o preenchimento dos referidos pressupostos, não é possível o deferimento judicial da medida.⁹³⁸

Ao se incluir a interceptação telefônica como meio de prova na ação penal, torna-se relevante essa questão que diz respeito ao limite de quebra desse direito fundamental. O ponto crucial do tema refere-se ao fato de que estamos tratando de direitos e garantias e, por esse motivo, a metodologia de interpretação constitucional servirá como marco teórico. Desse modo, a limitação de alcance da Lei 9.296/96 está na norma constitucional e não em visões políticas de ocasião.⁹³⁹

Não obstante seja reconhecida a necessidade e possibilidade constitucional de se realizar a interceptação telefônica, uma vez que nenhum direito tutelado tem caráter absoluto, há entendimentos de que a Lei nº 9.296/96 foi muito ampla ao possibilitar a interceptação telefônica. Isso porque possibilita a quebra do direito fundamental da privacidade, em todos os crimes punidos com pena de reclusão, motivo pelo qual seria uma legislação com tendências autoritárias. A permissão de sua utilização deveria apenas alcançar a persecução criminal de crimes que atingissem bens jurídicos de extrema relevância, como vida e liberdade, por exemplo.⁹⁴⁰

Há autores, entretanto, e também decisões judiciais, sustentando a tese de que deve ser avaliado o caso em concreto. Isso se deve à circunstância de crime apenado com detenção ser conexo de um punido com reclusão. Também porque é impossível, em uma interceptação, separar os crimes punidos mais gravemente daqueles aos quais se comine pena abrandada. Nesses casos, o Juiz não deve excluir precipitadamente o fato menos grave, devendo avaliar o conjunto do processo.⁹⁴¹

⁹³⁷ RAMOS, 2006, p. 131-2.

⁹³⁸ LIMA, 2002, p. 54-5. Segundo o autor, são requisitos para se autorizar a interceptação: “[...] 1. Autorização judicial, por solicitação do Ministério Público ou outra autoridade; 2. Demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado; 3. Investigação, em tese, de crime apenado com reclusão” [...].

⁹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.

⁹⁴⁰ CERQUEIRA, Atilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 141-5.

⁹⁴¹ BECHARA, 2006, p. 217-8. O autor cita a decisão do RHC n.º 13.274/03, do STJ, o qual teve como relator o Ministro Gilson Dipp, que foi nessa direção. A decisão também se pronunciou no sentido de que a medida poderia ser renovada inúmeras vezes, uma vez que a lei não limita a quantidade de tal renovação.

Em relação ao prazo da interceptação como em outras questões relativas ao tema, a doutrina não é uníssona. Nesse sentido, Thums⁹⁴² afirma que:

Parece-nos tranquilo que a intenção do legislador foi, tão somente, de estabelecer um limite para servir somente como parâmetro inicial de duração da interceptação telefônica, para que o julgador possa ter controle sobre o tamanho da invasão de privacidade do cidadão. [...] demonstrado a presença de todos os requisitos, o prazo para a interceptação telefônica poderá ser renovado quantas vezes for necessário para a melhor apuração do fato, seguindo-se obviamente, o princípio constitucional da proporcionalidade, que deverá ser analisado pelo juiz no momento da nova concessão.

Desse modo, como o texto da lei brasileira não é claro quanto às renovações das autorizações de interceptações, alguns doutrinadores entendem que a diligência investigatória não poderia ultrapassar 30 dias.⁹⁴³ Outros vislumbram que a medida pode, desde que justificadamente, ser renovada quantas vezes for necessário. Do contrário, se a interpretação fosse excessivamente literal e restritiva nessa seara, tornar-se-ia essa forma de investigação absolutamente inútil, mormente quanto ao crime organizado, os quais devido à complexidade exigem demorada investigação, para que sejam apuradas.⁹⁴⁴

Em termos de jurisprudência, essa questão das renovações de prazos nas interceptações também não é pacífica. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º 83.515, em 16.9.04, decidiu pela validade de um monitoramento telefônico que perdurou por mais de sete meses, uma vez que entendeu não haver limite nas prorrogações previstas no artigo 5.º da Lei 9.296/96. Todavia o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 9.9.08, no julgamento do *habeas corpus* 76.686, declarou a ilegalidade do monitoramento telefônico, tendo em vista o excesso de prazo que perdurou a diligência – cerca de 25 meses.⁹⁴⁵

Autorizada a interceptação, a autoridade policial – delegado de polícia, delegado federal ou autoridade militar, no caso de inquérito militar - realizará a interceptação, com controle judicial e ciência do Ministério Público. Na falta de estrutura de parte de Polícia Judiciária, para conduzir a interceptação, a medida poderá ser realizada pelas operadoras de telefonia e concessionárias de serviço público. As operadoras efetivarão a interceptação gratuitamente e não poderão se recusar a

⁹⁴² THUMS, 2007, p. 164.

⁹⁴³ BECHARA, 2006, p. 215-6.

⁹⁴⁴ ARAÚJO, 2003, p. 101.

⁹⁴⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A quebra do Sigilo Telefônico após o *HC* 76.686. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 191, out. 2008. Segundo o autor, na decisão não estava claro se o STJ limitara o prazo máximo da interceptação em 15 dias, prorrogáveis só uma única vez. Vejamos o autor: “Quanto à questão temporal, a premissa da impetração, portanto, era no sentido de que, ainda que pudéssemos admitir que o prazo de 15 dias, determinado pelo art. 5.º da Lei n.º 9.296/06, comportasse mais de uma renovação, tal possibilidade não seria ilimitada.”; no mesmo sentido BOLETIM IBCCRIM. Editorial: **Interceptações telefônicas**: novos rumos. São Paulo, n.º 191, p. 1, out. de 2008.

atender a requisição da autoridade judicial ou policial.⁹⁴⁶

No Estado do Rio Grande do Sul, a interceptação é realizada através de um aparelho chamado de “Guardião”, que fica sob responsabilidade da Secretaria de Segurança e operada por policiais civis e militares, sendo que esses têm acesso inclusive às interceptações que nada tem a ver com inquéritos militares, situação que é lamentável.⁹⁴⁷

Uma interpretação literal da Lei nº 9.296/06, no seu Art. 6.º, deixa claro que o procedimento deve ser conduzido pela Autoridade Policial – Delegado de Polícia -, nos crimes comuns, situação que exclui da condução direta inclusive o Ministério Público, quanto mais policiais militares. Estes devem estar cientes e acompanhar o procedimento – quando lhe fizerem respeito -, mas não executá-lo.

Em relação ao procedimento de autorização e operacionalização das interceptações, a experiência profissional mostra-nos que ele é excessivamente burocratizado, tornando-o lento e menos eficaz do que poderia ser. Mesmo em casos de urgência, em regra, dificilmente se consegue um alvará judicial em menos de uma semana. Depois disso, muitas vezes, há que se esperar a liberação de um canal no “Guardião”, para finalmente ser operacionalizada a interceptação.

Já presenciamos situações em que o Poder Judiciário deixa de autorizar a interceptação, pelo motivo de ser feriado ou final de semana, e não ter como cadastrar no seu “sistema” a representação pela medida cautelar. Ou seja: só se pode investigar no Brasil nos dias úteis, como se os infratores da lei respeitassem esse critério.

⁹⁴⁶ THUMS, 2007, p. 164-5.

⁹⁴⁷ Em virtude do uso abusivo e indiscriminado desse equipamento, por instituições que não têm atribuição legal de investigar crimes comuns, no Estado do Rio de Janeiro, recentemente foi editada a Lei N.º 5534, de 8 de setembro de 2009, a qual “DISCIPLINA A UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. [...] Art. 1.º Esta Lei disciplina a utilização de equipamento de interceptação de comunicação telefônica. Parágrafo único. As regras desta Lei se aplicam à utilização de equipamento de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, bem como de escuta ambiental. **Art. 2.º Nos termos dos artigos 6º e 7º, combinados com o inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 9296, de 24 de julho de 1996, somente à Polícia Civil poderá ser afetado o uso de equipamento descrito no artigo 1º.** Parágrafo único. O disposto no caput se aplica às hipóteses em que a Polícia Militar exerça as atribuições enumeradas no artigo 8º do Decreto-lei Federal nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Art. 3º São nulos: **I - licitações de qualquer modalidade e tipo, inclusive pregão, destinada à aquisição, locação ou empréstimo por Poder, instituição ou órgão estadual, ressalvada a Polícia Civil, de equipamento descrito no artigo 1º;** II - contratos administrativos, celebrados por Poder, instituição ou órgão estadual, ressalvada a Polícia Civil, cujo objeto seja a compra, locação ou empréstimo de equipamento descrito no artigo 1º; III - convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, celebrados por Poder, instituição ou órgão estadual, ressalvada a Polícia Civil, com o fim de utilizar onerosa ou gratuitamente equipamento descrito no artigo 1º. Art. 4º Os equipamentos descritos no artigo 1º que atualmente estejam sendo usados por Poder, instituição ou órgão estadual, ressalvada a Polícia Civil, deverão ser, até trinta dias após a publicação desta Lei, cedidos à Polícia Civil. Parágrafo único: O não cumprimento da presente Lei constituir-se-á em crime consoante o artigo 10, da Lei Federal nº 9296, de 24 de julho de 1996. [...]. Griffos nossos.

Assim, conforme já mencionamos, a discussão em torno do alcance do instituto da interceptação telefônica tornou-se ampla na atualidade, uma vez que tem sido muito utilizada, inclusive ilicitamente. Curioso é que o fato mais polêmico, o qual já mencionado, envolvendo o Presidente do STF, faticamente, está relacionado a “grampos” ilegais. No entanto, as interceptações lícitas – autorizadas pela Justiça -, é que se tornaram objeto da polêmica e de possível de restrição.

Nessa direção, recentemente foi editada resolução n.º 59/08, de 09.0.08, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando ao que parece “regulamentar” a interceptação com uma séria de regras. Além de a referida resolução ser confusa - pois em alguns itens nitidamente criam-se regras não previstas na Lei -,⁹⁴⁸ é de difícil adequação prática. Também é de legalidade discutível, uma vez que a Lei 9.296/96 não prevê a necessidade de regulamentação. Outra questão que surge é no sentido de possuir o referido conselho o poder regulamentar, o qual, segundo se sabe, é de atribuição do Poder Executivo.

Todavia, como bem aponta o editorial do Boletim do IBCCRIM, os problemas relativos às interceptações de comunicações vão muito além de questões meramente normativas:

[...] Mais que modificações legislativas, verifica-se que o País carece, em verdade, de cultura de efetiva observância às leis. Muitos dos abusos noticiados em tema de interceptações telefônicas poderiam ser evitados independentemente de uma nova regulamentação da matéria – ainda que seja necessária e bem-vinda - pelo simples cumprimento das disposições vigentes. Sob essa perspectiva, portanto, novas leis não representam garantia da erradicação de velhos problemas.⁹⁴⁹

Em virtude dessas questões polêmicas, parece-nos que o tema da interceptação telefônica será ainda objeto de acaloradas discussões e, provavelmente, de muitas posições judiciais e doutrinárias contraditórias.

Mesmo diante de problemas jurídicos e operacionais, quanto à eficácia das interceptações de comunicações para as investigações criminais, pode-se afirmar que são indiscutíveis. Do mesmo modo, indiscutível é a necessidade de sua normatização clara e objetiva, buscando a adequação às “regras do jogo” ditadas pelo Estado Democrático de Direito e Constituição Federal.

⁹⁴⁸ Por exemplo: na seção II, inciso, IV, determina-se que o Magistrado deverá indicar os titulares dos números. No inciso V, veda a interceptação de outros números não discriminados na decisão. Ora, o objetivo da interceptação também é indicar, muitas vezes, os nomes dos titulares dos terminais, uma vez que não se têm os dados com precisão justamente por serem sigilosos. No caso do inciso V, na prática, há a interceptação do telefone “alvo” indicado, mas este se interage com outros números. Não haverá acesso às conversas entre o “alvo” e os outros números, bem como seus dados? Isso pode gerar muitos problemas e invocação de nulidades não previstas na lei 9.296/06.

⁹⁴⁹ BOLETIM IBCCRIM. **Interceptações telefônicas**: nova lei, velhos problemas. São Paulo, n. 176, jul. 2007.

4.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POLICIAL

Em um regime de Estado Democrático de Direito, vigora o paradigma constitucional em relação à persecução criminal – inclusive quanto a investigação dos delitos - ou seja, existem regras fixadas pelo modelo jurídico delineado pela Constituição Federal, ao qual todas as instituições pertencentes ao sistema criminal estatal devem se adequar.

Dentro desse viés, duas regras que, na verdade, são princípios fundamentais do Estado brasileiro, fixados na Constituição Federal de 1988, não podem ser esquecidas, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos – respectivamente artigo 1.º, III, e artigo 4.º, III.

Entendemos que desses princípios decorrem as outras garantias já enumeradas, inclusive as regras do devido processo penal acusatório, as quais tutelam o investigado/acusado contra o arbítrio estatal. São essas “regras do jogo” – e o respeito delas - que dão legitimidade ao processo penal.⁹⁵⁰

4.4.1 O estado democrático de direito

A análise da noção de Estado de Direito é assunto de infundáveis polêmicas na teoria jurídica, no sentido de quais são os fundamentos formais e materiais do “Estado de Direito”. Segundo Rabenhorst, Kelsen afirma que, sob o ponto de vista positivista, tal definição (o *Rechtsstaat*) é contraditória ou redundante, já que não existe qualquer possibilidade de se conceber o direito fora do Estado. Não existiria, então, Estado que não fosse “de direito”. Nesta visão, conclui-se que, sob o ponto de vista formal, da ciência do Direito, o *III Reich Nazista* seria um Estado de Direito.⁹⁵¹

Todavia esta posição não é aceita por muitos autores. A noção de Estado de Direito não pode ser vista somente pelo ponto de vista formal, pois o Direito existe mesmo sem o Estado, que se trata de invenção recente. O Estado de Direito teria surgido após a queda do

⁹⁵⁰ CARVALHO, 2008, p. 76.

⁹⁵¹ RABENHORST, Eduardo R. Democracia e direitos fundamentais. Em torno da noção de estado de direito. In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos. (Orgs.). **Formação em direitos humanos na universidade**. João Pessoa: Universitária, 2001, p. 35-40.

modelo absolutista, quando o liberalismo burguês passou a exigir democracia política e segurança jurídica para a liberdade e propriedade - o “Estado Liberal de Direito”.⁹⁵²

Sobre o Estado Liberal de Direito, Tosi⁹⁵³ assevera que:

A doutrina moderna do Estado de Direito pode ser vista como uma fonte de organizar o poder na sociedade, alternativa ao monolitismo típico das sociedades antigas e medievais, sociedades nas quais não havia uma separação efetiva das diferenças instâncias societárias e, portanto, não havia lugar para a esfera da moralidade subjetiva e privada dos indivíduos. Esta doutrina é fruto de um longo processo histórico e constitui uma das principais e mais preciosas heranças deixadas pela modernidade ocidental. Tal doutrina surge, nos séculos XVII/XVIII, como resposta à crise do *ethos* coletivo que havia dominado a Idade Média e grande parte da Idade Moderna, cuja manifestação mais evidente foram as guerras de religião.

Mas, o que a tradição jurídica europeia chama de *Estado de Direito* é a mesma coisa que os anglo-saxões chamam de *rule of law* (domínio da lei) e os italianos chamam de *stato di diritto*. A *rule of law* não se satisfaz com a dimensão meramente formal do “Estado de Direito”. Importa-lhe a questão substancial, também, criando diversos mecanismos de controle dos atos governamentais, como o “devido processo legal”.⁹⁵⁴

O Estado constitucional de Direito – o modelo garantista - possui uma *dimensão formal*, forma dos atos normativos (validade formal ou existencial), bem como uma *dimensão material*, em relação ao seu conteúdo (validade substancial). Portanto no nosso sistema essa noção também não pode ser concebida apenas em uma dimensão meramente formal, se confundido com o princípio da legalidade.⁹⁵⁵

A validez do direito não depende só de requisitos formais, como defendia Kelsen.⁹⁵⁶ O Estado de Direito, para assim ser chamado, impõe a realização da garantia dos direitos fundamentais e esses só são reconhecidos naquele existindo uma relação simbiótica entre esses dois institutos.⁹⁵⁷

⁹⁵² CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 44-5. Um dos marcos na formação do Estado de Direito moderno foi a Revolução Francesa, pois, ao contrário de outras, ela caracterizou-se por uma radical revisão do modelo político. Segundo o autor: “Para Jean-Jaurès, enquanto que Revolução Inglesa manteve-se “estritamente burguesa e conservadora”, a Revolução Francesa caracterizou-se como “largamente burguesa e democrática”. Aliança plebeia entre a burguesia revolucionária e as camadas populares do campo e da cidade, apresentou, no plano político, um caráter clássico, levando às últimas consequências a ruptura com o Antigo Regime”.

⁹⁵³ TOSI, Giuseppe. Direitos humanos como ética republicana. In: **Direitos humanos: os Desafios do Século XXI. Uma abordagem interdisciplinar**. LYRA, Rubens Pinto. (Org). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002, p. 102-3.

⁹⁵⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 687.

⁹⁵⁵ *Id.*, 1999, p. 22.

⁹⁵⁶ KELSEN, 2003, p. 55-6.

⁹⁵⁷ SARLET, 2004, p. 69.

No Brasil, a par da previsão constitucional dos direitos fundamentais garantistas, verifica-se que são meramente formais. A democracia brasileira poderia ser caracterizada pela alternância das oligarquias no poder, bem como pela influência, ainda, de organizações secretas na política – crime organizado, associações secretas, etc.⁹⁵⁸ Tais aspectos fazem com que as leis sejam aplicadas com exagerada discricionariedade, tornando as elites, em regra, imunes ao sistema punitivo. Por outro lado, resulta, também, no fato de que os menos favorecidos não tenham acesso às prestações positivas do Estado.⁹⁵⁹

A cultura dos sobrecidadãos e subcidadãos aparece, inclusive, na lei, por exemplo, quando permite que aqueles que têm nível superior tenham direito à prisão especial. Da mesma forma, verifica-se que o nosso Estado de Direito é formal, diante da dificuldade de implementação dos direitos sociais e econômicos, sob a argumentação de uma pretensa estabilização financeira. A superação desse Estado de Direito formal, passando ao substancial, no Brasil, depende não só de medidas legislativas, mas de uma mudança cultural e de atitudes.

Segundo Afonso da Silva, a configuração do Estado Democrático de Direito não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de uma definição nova, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas supera-os na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1.º da Constituição de 1988, o qual afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição já o está proclamando e fundando.⁹⁶⁰

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, instaurou o Estado de Direito Democrático, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado, conforme Canotilho⁹⁶¹:

As considerações anteriores permitem também compreender o enunciado linguístico do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 – “República Portuguesa é um Estado de direito democrático”. Isso significa que o “Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático”. Há, assim, uma democracia de Estado de direito e um Estado de direito de democracia.

⁹⁵⁸ RABENHORST, 2001, p. 39.

⁹⁵⁹ SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. 500 anos de uma cidadania excludente. In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos. (Orgs.). **Formação em direitos humanos na universidade**. João Pessoa: Universitária, 2001, p. 115-7.

⁹⁶⁰ SILVA, 2008, p. 119.

⁹⁶¹ CANOTILHO, 2003, p. 230.

Para Afonso da Silva, a nossa Constituição emprega a expressão doutrinariamente mais correta quando diz que o “Estado” será democrático, e não o “Direito”, como no caso de Portugal. A qualificação do Estado como democrático assim se irradia para os demais elementos formadores do Estado, inclusive sobre o Direito. Este conseqüentemente também terá de se adequar aos valores democráticos e aos interesses da coletividade.⁹⁶²

Contudo o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo de Direito. O Estado de Direito baseia-se na soberania popular, no pluralismo de ideias e organização político-democrática; no respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. Tem por objetivo assegurar a existência de uma sociedade justa, com a realização da democracia econômica, social e cultural, como consequência lógico-material da democracia política.⁹⁶³

É bem verdade que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito. Apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais nela inseridos e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana.

4.4.2 Os fundamentos do discurso sobre os direitos humanos

Falar sobre Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos é a mesma coisa que abordar, ainda que indiretamente, a questão da dignidade humana. Os primeiros passos no sentido de buscar esta tão reclamada dignidade humana vêm de longe e surgiram através da ideia própria de Direitos Humanos, que é relativamente nova na nossa história.

Na observação do trajeto histórico dos Direitos Humanos, veremos uma sequência de episódios, dos mais diversos, que levaram a sua afirmação, embora sequer recebessem tal denominação, sendo que os primeiros foram o Código de Hamurabi (1728-1686 a.C); a Magna Carta (1215); Lei de *Habeas Corpus* – Inglaterra (1679); Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), Inglaterra (1689).⁹⁶⁴

⁹⁶² SILVA, 2008, p. 119.

⁹⁶³ CANOTILHO, 2003, p. 337.

⁹⁶⁴ CAVALCANTI, Carlos André Macêdo. História social dos direitos humanos: desmitologização, imaginário e tipo ideal. In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos (Orgs.). **Formação em direitos humanos na universidade**. João Pessoa: Universitária, 2001, p. 30.

Desse modo, faremos uma análise dos fundamentos dos Direitos Humanos, sob a perspectiva antropológica, passando por aspectos históricos e políticos sobre essa tão relevante ideia na atual conjuntura jurídica e social.

Primeiramente, convém referir que as Declarações de Direitos do período moderno estão diretamente relacionadas a questões de cunho histórico-antropológico. Mais precisamente em relação à noção que compartilhamos atualmente sobre o indivíduo como sujeito de direitos.⁹⁶⁵

Podemos analisar o tema do individualismo buscando suas origens nos primeiros cristãos.⁹⁶⁶ Mas buscar a origem do individualismo é tentar descobrir em que momento nas sociedades holísticas o indivíduo passou a constituir o valor supremo. Para isso, trabalhamos com as concepções do *indivíduo-fora-do-mundo* (teocentrismo) e *indivíduo-no-mundo* (antropocentrismo), de acordo com o que propõe Dumont.⁹⁶⁷

Ao falarmos de “indivíduo”, ao mesmo tempo temos um objeto fora de nós e um valor. Um sujeito empírico, amostra individual da espécie humana, ser moral (individualismo), autônomo, não social, portador dos nossos valores supremos, e, de outro lado, encontra-se na sociedade como um todo o *holismo*. Traz-se o exemplo da Índia em que existe uma espécie de indivíduo chamado *renunciante*, plenamente independente sendo um *indivíduo-fora-do-mundo*.⁹⁶⁸

No teocentrismo, o cristão é apresentado como um *indivíduo-em-relação-com-Deus, fora-do-mundo*. O individualismo surgirá como este *indivíduo-fora-do-mundo*. A transição para o *individualismo moderno* decorrerá das relações entre Igreja e Estado. Partiremos, então, de um indivíduo-fora-do-mundo, para o moderno indivíduo-no-mundo. No plano intelectual, em decorrência da influência da Igreja cristã, temos a ideia de Deus como lei de

⁹⁶⁵ SCHMIDT, 2003, p. 123-4. Segundo o autor, “No uso geral (e em filosofia), um indivíduo é um objeto de pensamento pertencente à exterioridade ou às nossas representações, determinado e reconhecível. Usa um *nome comum*, mas distingue-se materialmente dos outros indivíduos que usam o mesmo nome. [...] Especialmente em psicologia e em sociologia, o indivíduo é o *ser humano* enquanto animal particular, constituído por um corpo e dotado de um dupla unidade e unicidade (um biológica, outra reflexiva). No discurso, o indivíduo opõe-se muitas vezes à pessoa; o indivíduo usa um *nome* próprio (pelo menos para si mesmo) e apresenta-se com *eu*. O *individualismo* vê nele a fonte dos valores”. Sob uma concepção antropológica, o autor levanta questionamentos sobre o indivíduo: “Pode o indivíduo ser concebido numa forma atomizada, independentemente do meio em que vive? Será ele um ser essencialmente racional ou social? Existe uma verdadeira opção ao social?”

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 124. Conforme o autor, a “origem do *indivíduo* – numa concepção filosófica – é tão insegura quanto o seu próprio conceito. Conforme o autor que se aborde ou ramo em que seja estudado, teremos a determinação dessa origem propagada por toda a história. [...] Porém uma conclusão é inevitável: impossível será a abordagem sem que nos tenhamos à análise clássica ou judaico-cristã acerca do assunto.”

⁹⁶⁷ DUMONT, 2000, p. 35-8.

⁹⁶⁸ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 125. O autor assinala que o homem renunciante busca a verdade última e, para tanto, abandona a vida social e suas restrições para consagrar-se ao seu progresso e destino próprios. Para explicar esse processo, fala como o pensamento *helenístico*, no qual, para tornar-se um sábio, era preciso renunciar ao mundo – como na Índia, a verdade só pode ser atingida pelo renunciante.

natureza universal, passando a vida no mundo e mandamentos sociais a se articularem com valores extramundanos e absolutos. O bem que está no coração do homem, tendo em vista sua relação com Deus, torna-o independente de todas as coisas.⁹⁶⁹

Sob, essa prima, no mundo reino Deus, pois a vontade do homem está vinculada à lei dele, cuja lei é a fonte de sua dignidade e integridade. A sua natureza humana vinculada a Deus é a razão do homem. Tudo era visto à luz da relação indivíduo x Deus. Isso gerava uma *relativização da vida no mundo*, não negada, mas relativizada, tendo em vista a relação de união com Deus e a beatitude no além, à qual se destinava o homem, um esforço para perfeição, voltado para o interior, como convém aos *indivíduos-fora-do-mundo*.

No cristianismo, o indivíduo está *fora-do-mundo*, pois seu “coração” está à disposição de Deus. Os indivíduos são iguais na presença de Deus, o qual fornece ao indivíduo o conjunto de valores absolutos, em detrimento daqueles relativos da vida mundana. A igualdade dos cristãos estava no coração. A fraternidade do amor em Cristo e por Cristo traz como consequência a igualdade de todos, numa transcendência pessoal e numa união de *indivíduos-fora-do-mundo*, pois todos são homens em Cristo.⁹⁷⁰

Mas essa ideia começa a se alterar no século IV, com a conversão do Imperador Constantino ao cristianismo e com uma inversão de valores. A Igreja abandona o plano *absoluto* espiritual e passa a relativizar-se, enquanto que o Estado passa *absolutizar-se*.⁹⁷¹ Assim, a religião católica tornou-se oficial – o Estado Cristão. A Igreja foi posta em frente ao mundo – entra no *mundo* e, por consequência, o indivíduo também. No entanto, o Papa Gelásio I tenta regulamentar as relações entre o poder divino e o terreno, delimitando o alcance de cada uma das esferas.⁹⁷²

Mas as condições políticas da época forçaram o poder religioso a buscar a proteção do Estado. Esse movimento se deu com a condecoração e coroamento de reis e imperadores pelos papas. A partir daí, a diarquia idealizada pelo Papa Gelásio é cambiada por uma monarquia espiritual, ou seja, são fundidas as duas funções de poder – a divina e a terrena - numa única

⁹⁶⁹ DUMONT, 2000., p. 38-45.

⁹⁷⁰ SCHMIDT, 2003, p. 125.

⁹⁷¹ DUMONT, *op. cit.*, p. 46. Segundo o autor a idéia diretora é a idéia de Deus como Lei da Natureza universal, espiritual-física, que reina uniformemente sobre todas as coisas e como lei universal do mundo ordena a natureza, produz as diferentes posições do indivíduo na natureza e na sociedade, e torna-se no homem a lei da razão, a qual reconhece Deus e, assim, é uma com ele.

⁹⁷² SCHMIDT, *op. cit.*, p. 126. O Estado tinha, em suma, dado um passo fora do mundo, na direção da Igreja mas, ao mesmo tempo, a Igreja tornou-se mais mundana do que fora até aí. De acordo com o autor, “Dois séculos após a conversão de Constantino, o Papa Gelásio I, apresenta sua tese acerca das relações entre Estado e o imperador. [...] O poder, na terra, pertence aos reis; no céu, aos sacerdotes. Estes subordinam-se ao rei nos assuntos mundanos, atinentes à ordem pública, mas o governante subordina-se aos chefes religiosos nos assuntos divinos”.

instituição detentora do poder: o rei, o imperador.⁹⁷³

Segundo Dumont, a principal lição disso é que a mais efetiva humanização do mundo saiu de uma religião que o subordina a um valor transcendente e absoluto. Se o indivíduo estava em Deus, e a Igreja estava neste, havendo a entrada dela no mundo político, Deus também entra e, conseqüentemente, o indivíduo. Como a Igreja pretende reinar sobre o mundo, o indivíduo cristão está comprometido com ela, como nunca.⁹⁷⁴

A Igreja é uma associação de indivíduos, é um órgão pelo qual os eleitos devem reinar e cumprir sua tarefa pela glória de Deus. A vida, na Igreja e no Estado, deve ser regida pela vontade de Deus, através dos Ministros da Igreja. Assim, a maioria dos traços da extramundaneidade desaparece: o Reino de Deus agora precisa ser construído na Terra graças ao esforço dos eleitos. Esse é, precisamente, o momento em que há a *entrada-no-mundo* do indivíduo.⁹⁷⁵

A partir daí, e com a categoria política e o Estado do século XIII, passa-se a buscar a *concepção moderna de indivíduo como ser moral*. Parte da combinação de revelação cristã e de filosofia aristotélica de São Tomás de Aquino, nas e das quais se distingue, no nível da religião, o homem como um ser privado em relação com Deus. Em nível terreno, ele é um membro da comunidade, até a concepção de Guilherme de Occam.

A evolução consistirá num enfraquecimento da concepção do corpo social como um todo, nesse todo os homens vivos nada mais são do que as partes a favor da concepção de associação pura e simples. Guilherme de Occam, fundador do *positivismo e do subjetivismo em direito*, foi um arauto do estado de espírito moderno. Occam, ao dizer que nada mais existe de ontologicamente real além do ser particular, assinala o nascimento do indivíduo na filosofia e no direito. A noção de direito desprende da ordem natural e social e fica diretamente ligada ao ser humano particular, que se torna um indivíduo, no sentido moderno do termo.⁹⁷⁶

A visão de comunidade holística é suplantada pela liberdade do indivíduo, cuja visão Occam traz da vida mística para a sociedade. O Direito passa a ser o reconhecimento social do poder do indivíduo. Occam, então, é o fundador da Teoria Subjetiva do Direito - a Teoria Moderna do Direito - sobre a qual se assenta, especificamente, os poderes de agir atribuídos ao indivíduo. Com isso, o direito subjetivo do indivíduo passa a ser visto como um *prius* em relação ao direito objetivo, convertendo-se em palavra-chave do direito moderno.⁹⁷⁷

⁹⁷³ SCHMIDT, 2003, p. 127. O autor se refere à condecoração de Pepino o Breve – rei dos francos - como “patrício dos romanos”, pelo Papa Estevão II, e a coroação de Carlos Magno, como imperador de Roma pelo Papa Leão III, no ano 800.

⁹⁷⁴ DUMONT, 2000, p. 62

⁹⁷⁵ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷⁶ DUMONT, *op. cit.*, p. 15-78.

⁹⁷⁷ LAFER, 1998, p. 120-1.

Por outro lado, a relação entre as autoridades espiritual e temporal sofre impacto na Renascença. A Reforma luterana desferiu um golpe decisivo na doutrina de poder da Igreja católica, pois, a partir dela, a sociedade global seria o Estado individual. O essencial da religião teria seu santuário na consciência de cada cristão individualmente, partindo do pressuposto da homogeneidade religiosa do Estado.⁹⁷⁸

O surgimento desse novo humanismo - independente da tutela da religião - mudou também a concepção social do indivíduo, o qual deve buscar sua liberdade e dignidade. Com a Reforma de Lutero, houve o rompimento do caráter hierárquico de vida no plano religioso, uma vez que trouxe a questão do sucesso no mundo, como sinal da salvação do indivíduo. Foi reivindicado, assim, o primeiro direito individual: a liberdade de opção religiosa.⁹⁷⁹

Dessarte, por essa visão a respeito da formação da ideia do “indivíduo” conforme se propôs, pode-se ter a noção de quão importante ela foi e ainda é para o próprio conceito dos Direitos Humanos.⁹⁸⁰

Nesse sentido, Lafer⁹⁸¹ afirma:

É neste contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensejou o tema dos direitos humanos, a saber, o *individualismo* na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que veem no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concede a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano.

A partir de uma visão filosófico-antropológica do indivíduo, chegamos à representação atual que ele ocupa nos planos jurídico e político. Desse modo, pode-se hoje falar em “direitos fundamentais do indivíduo” ou “direitos fundamentais individuais”. Mas para isso, inicialmente, foi necessário criar a própria noção do “indivíduo” para este chegar à afirmação de seus direitos.

⁹⁷⁸ DUMONT, 2000, p. 85. Segundo o autor, o poder laico torna-se supremo e foi elevado a uma espécie de santidade, graças à teoria do direito divino dos reis.

⁹⁷⁹ LAFER, 1998, p. 121.

⁹⁸⁰ SCHMIDT, 2003, p. 131-2. A respeito dessa visão do “indivíduo”, é importante salientar, conforme pontua o autor, que existem outros autores que tratam do tema, como MICHEL MAFESSOLI (Tempo das Tribos) e NORBERT ELIAS (A Sociedade dos Indivíduos), com enfoques diversos daquele sustentado por DUMONT. Aqueles autores criticam a ideia do individualismo, observando inclusive, de acordo com SCHMIDT, que “individualismo é um *bunker* obsoleto, e como tal merece ser abandonado”.

⁹⁸¹ LAFER, *op. cit.*, p. 120.

4.4.2.1 O direito natural moderno e as implicações do individualismo: igualdade e propriedade

Na busca de solucionar o principal problema da teoria do direito natural, que é estabelecer a sociedade ou o Estado ideal a partir do isolamento do indivíduo “natural”, Dumont afirma que há duas teorias do direito – a clássica e a moderna. A teoria antiga ou clássica na qual para os antigos, à exceção dos estóicos, o homem é um ser social e a natureza é uma ordem. Aquilo que se constitui a base natural do direito, para além das convenções de cada *polis*, é uma ordem social em conformidade com a natureza.⁹⁸²

Na teoria moderna, influenciada pelos estóicos e cristãos, os modernos entendem que o direito natural não trata de seres sociais, mas de indivíduos que se bastam a si mesmos, feitos à imagem de Deus e depositários da razão. Daí porque os direitos fundamentais da Constituição do Estado e da sociedade devem ser extraídos das qualidades e propriedades do homem, enquanto ser autônomo e independente de todo vínculo social ou político. O estado de natureza é aquele em que se supõe que os homens viviam antes da fundação da sociedade e do Estado.

A comunidade cristã, na transição para o direito natural moderno, passou a ter dois níveis ou duas concepções de sociedade-Estado: *universitas*, ou unidade orgânica, “o todo”, e *societas*, ou associação, indicando que os indivíduos se “associam” numa sociedade. O pensamento de comunidade foi partida pela liberdade do indivíduo. Nesse diapasão, a comunidade foi cambiada pela sociedade.⁹⁸³

A partir do momento em que não mais o grupo, mas o indivíduo é concebido como o ser real, automaticamente a hierarquia e a atribuição da autoridade a um agente do governo desaparecem. Resta uma coleção de indivíduos, sobre os quais se justifica um poder, supondo-se o consentimento comum dos membros da associação.

Há um ganho em consciência, em interioridade, mas há uma perda em realidade, pois os grupos humanos têm chefes independentemente de um consenso formal, sendo a sua estruturação uma condição da existência desses grupos como todos. A partir daí, começou a tomar forma o Direito Natural laicizado - jusnaturalismo - influenciado pelos estóicos e pelo individualismo cristão, o qual passou a difundir principalmente a tese do contrato social, como fundamento da origem do Estado, do Direito e da Sociedade.⁹⁸⁴

O contraste entre associação e subordinação – individualidade e sociedade - foi objeto de estudo de Hobbes, Locke e Rousseau, os quais têm em comum o reconhecimento da

⁹⁸² DUMONT, 2000, p. 86.

⁹⁸³ SCHMIDT, 2003, p. 128.

⁹⁸⁴ LAFER, 1998, p. 121-2.

grande dificuldade que existe em combinar individualismo e autoridade, em conciliar a igualdade e a existência necessária de diferenças do poder.⁹⁸⁵

No desenvolvimento moderno de um protesto contra as diferenças e desigualdades sociais, aparece primeiramente no movimento de Lutero, na Igreja. A reivindicação de liberdade igualitária foi ampliada da religião à política durante a Revolução Inglesa dos *Levellers* (1640-1660) que, apesar de rapidamente derrotados, tiveram tempo de extrair consequências políticas plenas da ideia de igualdade dos cristãos.⁹⁸⁶

Às teses dos *Levellers*, pobres artesãos revolucionários, vêm assemelhar-se aos ensinamentos do filósofo Locke que, com sua doutrina de *trust*, escapa do problema da sujeição política e mantém a ideia de uma sociedade de iguais, governando-se por consentimento mútuo.⁹⁸⁷

Para Locke, a propriedade privada aparece não como uma instituição social. Ela é, no seu entender, uma implicação lógica da noção de indivíduo autossuficiente. Na verdade, isso não era novidade, uma vez que os *Levellers* já haviam dito que os homens seriam *iguais e nascidos para a mesma liberdade e propriedade*.⁹⁸⁸

Segundo Dumont⁹⁸⁹, Locke assim colocava o respeito do indivíduo e da propriedade:

Lock transporta a propriedade privada para o estado de natureza, cingindo-se a rodeá-la na origem de limitações que tem o cuidado de retirar, sempre no estado de natureza, em relação com o desenvolvimento subsequente, como nos mostrou Macpherson.

Observa-se que essa representação da propriedade privada como também um direito natural fixou-se como um dos principais direitos do indivíduo. Tanto isso é verdadeiro que

⁹⁸⁵ SCHMIDT, 2003, p. 128-129.

⁹⁸⁶ DUMONT, 2000, p. 93. Conforme o autor, “não existe diferença entre os homens “espirituais” e “temporais”, todos os crentes possuem uma autoridade igual em matéria espiritual; uma dignidade semelhante está investida em todo o homem, seja sacerdote ou camponês; a doutrina hierárquica da Igreja nada mais é do que um instrumento do poder papal; a dualidade da alma e do corpo é um problema para todo cristão, mas não pode servir de modelo para a organização da Igreja e da comunidade; a igualdade apresenta-se, pela primeira vez, como sendo mais do que uma qualidade interior: um imperativo existencial.”

⁹⁸⁷ BOBBIO, 2004, p. 52. Segundo o autor, a noção de liberdade e de igualdade de Locke não é a mesma da atualidade: “Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura. E, não obstante, Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou a do comerciante do século XVIII, e não lera nela, por que não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada)”.

⁹⁸⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47. Conforme o autor: “No campo político, a rebelião dos *Levellers* e a revolta armada bem-sucedida de Oliver Cromwell contra a monarquia inglesa fizeram renascer as ideias republicanas e democráticas”.

⁹⁸⁹ DUMONT, *op. cit.*, p. 96

nas declarações direitos e nas constituições liberais que as seguiram, de regra, sempre apareceu positivado nelas esse direito. Até hoje essa visão da propriedade privada, como um direito humano fundamental, vigora, sofrendo poucas interferências.

Hobbes, com sua teoria da sujeição, demonstra não ser nem individualista nem holista. O social restringe-se ao político e, ao adotar uma visão política da sociedade, obriga-se a introduzir sujeição - nem hierarquia, nem igualdade pura e simples. O reconhecimento por Hobbes da sujeição na sociedade envolve a natureza social do homem. O homem é um ser particular, e Hobbes julga que, no estado pré-político, a vida desse ser só pode ser julgada negativamente. O estado de natureza é uma situação de anarquia contínua, em que o homem luta contra os outros homens – “*bellum omnium contra omnes*”.⁹⁹⁰

Quando, seguindo a razão e seu desejo de conservação, esse ser entra no estado político, abre mão de seus poderes em troca da segurança, conforto e desenvolvimento, ao preço da sujeição ao Estado. No estado de natureza, o indivíduo não se tornou autossuficiente ou vivia de um modo que fosse satisfatório. Assim, a vida boa não é a de um indivíduo, é a do homem estritamente dependente do Estado, de um modo tão estreito que se identifica necessariamente, por uma parte, com o soberano. Então por essa visão, o individualismo é, de certo modo, posto em risco.⁹⁹¹

Mas seria Hobbes um holista? Acredita-se que não. Na verdade, para ele o homem é um ser social e não um indivíduo no que toca ao aspecto político. Ele pode ser considerado um dos pensadores que iniciou a sociologia com essa posição, pois entende que o social se limita ao plano político. Ele não enxerga a sociedade e a relação entre o homem e o Estado, nem de uma maneira hierárquica, tampouco igualitária.

O homem opta pela sujeição ao Estado Político para sair de uma situação que não lhe era favorável no Estado de Natureza, conforme acentuam Streck e Morais⁹⁹²:

Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como “selvagem”, sendo o mesmo que vive em sociedade. Para os contratualistas, a figuração do mesmo não é uniforme. Uns, como Thomas Hobbes e Spinoza, veem-no como estado de guerra, ambiente onde dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, domínio dos mais fortes, expressando-o com adágios, tais como: guerra de todos contra todos; o homem lobo do homem; etc..

⁹⁹⁰ BOBBIO, 1995, p. 35-37.

⁹⁹¹ DUMONT, 2000, p. 100.

⁹⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.

Assim, para acabar essa guerra de todos contra todos, típica do estado de natureza, os homens abrem mão dos seus direitos, em contrapartida da segurança do Leviatã. Dessa maneira, para Hobbes, essa relação está colocada na forma de sujeição do indivíduo ao Estado, uma vez que isso o tiraria do estado animalesco de natureza.⁹⁹³ Ou seja, o homem submete-se ao Estado e ao poder dele para que tenha uma vida melhor do que aquela que possuía até então.⁹⁹⁴

Por sua vez, a teoria de Rousseau, como a de Hobbes, prega a descontinuidade entre o homem natural e o homem político, partindo de premissas individualistas e chegando a conclusões anti-individualistas, preocupando-se em assegurar a transcendência do soberano.

No seu *Contrato Social*, Rousseau tenta legitimar a ordem social, partindo do pressuposto de que o povo é soberano e de que da vontade individual de todos surge a vontade geral. A vontade geral é o soberano e, como tal, transcende a vontade individual dos súditos, chegando a referir que a vontade geral preexiste à sua expressão num voto majoritário.⁹⁹⁵

A vontade geral de Rousseau entende-se como o surgimento de uma sociedade dada, na medida em que ela preexiste a seus membros e está presente nos pensamentos e nas ações deles. Surge o reconhecimento do homem como ser social em oposição ao homem individual. Conforme expôs exaustivamente em sua teoria do contrato social, uma autêntica sociedade política decorre, sempre, de um acordo de vontades.⁹⁹⁶

Refere Dumont que Rousseau não foi somente o precursor da sociologia na acepção plena do termo. Ele equacionou, ao mesmo tempo, o problema do homem moderno, convertido em indivíduo político, mas permanecendo, como seus congêneres, um ser social. Um problema que não nos abandonou.⁹⁹⁷

⁹⁹³ BOBBIO, 1995, p. 37. De acordo com o autor, a anarquia permanente referida por Hobbes não é hipotética, mas sim a situação das guerras religiosas na Inglaterra, e na Europa em geral. “Quando Hobbes descreve o estado de natureza, não pensa numa condição hipotética ou, de qualquer maneira, pré-histórica da humanidade, mas tem diante de sua própria mente o estado de guerra civil, quando o poder central se dissolve e, devido às lutas intestinas, acabam por faltar a ordem e a paz. A guerra civil é para Hobbes um retorno ao estado de natureza. Pois bem, ele, para reagir a tal estado, escreve as suas obras com a intenção de contribuir para devolver a paz e a ordem ao seu país e à Europa”.

⁹⁹⁴ STRECK; MORAIS, 2003, p. 33. Segundo os autores, o Estado é caracterizado como o Leviatã na obra de Hobbes, que o designa como “deus mortal”, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida. Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal.

⁹⁹⁵ MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a antiguidade**. 6. ed. Compl. por Gaston Bouthoul. Tradução: Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 216.

⁹⁹⁶ COMPARATO, 2003, p. 98.

⁹⁹⁷ DUMONT, 2000, p. 109.

Mas Rosseau⁹⁹⁸ foi um crítico do modelo de Estado que se formava, bem como do direito à propriedade privada que se fortalecia:

Para se chegar naquilo que Rosseau denominou de contrato social, é fundamental que se compreenda o estado de natureza e a inserção do homem em comunidade. Com efeito, o estado de natureza em Rosseau é somente uma categoria histórica para facilitar esse entendimento. No seu “Discurso Sobre a Desigualdade”, Rosseau diz que o “verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, depois de haver delimitado um terreno, pensou em dizer “isto é meu” e falou a outros, tão ingênuos para nele acreditarem. A desigualdade nasceu, pois, junto com a propriedade, e, com a propriedade, nasce a hostilidade entre os homens.

Nessas colocações, vê-se que Rosseau não se empolgava muito com o modelo de sociedade que se formava. Mas ele, ao contrário de Hobbes, não enxerga o homem como “o lobo do homem”. Sustentava que o homem se transforma em lobo durante o processo histórico, pois tudo se degenera nas suas mãos.

Na obra o Contrato Social, Rosseau afirma que o homem nasce livre e, contraditoriamente, está encarcerado. Ele quer, então, restituir a liberdade ao homem, uma vez que a passagem do estado de natureza ao estado social substitui o seu instinto pelo sentimento de justiça. O dever suplantou o impulso físico, e o direito substituiu o apetite.⁹⁹⁹

Para Rosseau, o homem nasce bom e se sensibiliza com o sofrimento dos outros homens, mas se degenera com a convivência com os outros homens. Assim, ele pensa diferente dos outros teóricos do direito natural, os quais passavam a ideia de que o homem passou do estado natural ao estado político em um único momento. Essa mudança ocorreu lentamente, havendo um período de transição, no qual o caráter dos homens, pouco a pouco, degenerou-se.¹⁰⁰⁰

Partindo do direito à propriedade privada, Rosseau explica como depois foi possível formar as bases do capitalismo. Os proprietários de terras, possuindo enormes quantidades de gêneros alimentícios, tiveram facilidade em comprar a força de trabalho daqueles que pouco ou nada tinham. Mas os proprietários não tinham a seu dispor, no início, uma força pública de segurança para proteção de sua propriedade, imperando a anarquia para os que tinham posse de bens materiais e assim tinham muito a perder. Então eles pensaram em criar o instrumento de poder até hoje mais bem pensado – o Estado - utilizando para se defender dos próprios ofensores, agora subjugados pelo poder público.

⁹⁹⁸ STRECK; MORAIS, 2003, p. 38.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 38 e 39.

¹⁰⁰⁰ DUMONT, 2000, p. 103-4.

Dessa forma, segundo afirmou Rosseau¹⁰⁰¹:

Aconteceu, então, que os outros consentiram em se organizar sob um governo e sob leis que, na aparência, garantiam vida e propriedade de todos, mas que, na realidade, não eram verdadeiramente úteis senão aos poderosos. Rosseau conclui desta maneira: “Tal foi ou deve ser a origem da sociedade e das leis que trouxeram novos entraves ao fraco novas forças ao rico, destruíram irreversivelmente a liberdade natural, fixaram para todo o sempre as leis da propriedade e da desigualdade.

Desses elementos, temos que para Rosseau o Estado é o poder que garante as classes capitalistas e dominadoras contra os pobres e trabalhadores. Suas ideias são o início do pensamento que embasa o coletivismo da modernidade, buscando evitar que um segmento social seja explorado em detrimento de outro. Defendia, assim, a extinção da propriedade privada das terras e meios de produção que são a expressão do poder capitalista.

Pensava Rosseau que a legitimação do poder estatal via da vontade geral. Só ela pode guiar as forças do Estado para a finalidade que o criou, qual seja, o bem comum. A visão do bem comum nasceu do choque dos interesses particulares, sendo o Estado o resultante desse embate. O vínculo social vem daquilo que resultou comum dos interesses inicialmente divergentes dos integrantes do corpo social. A vontade particular sempre buscou o bem privado. Mas a vontade geral vai ao encontro do interesse comum. Portanto somente esta e não aquela, ou seja, somente a vontade geral e não a particular, é ou deve ser o ingrediente que movimenta a sociedade.¹⁰⁰²

Dessa forma, ficou evidente que o direito natural moderno e, conseqüentemente, o Estado foi legitimado nos primados da igualdade e da diminuição da violência e da insegurança que se sustentava existirem no estado de natureza. Entretanto, no momento em que se implantavam, houve um desvio de rota que colocou ao lado da liberdade, o princípio da propriedade privada. Como resultado, ao invés de liberdade e melhoria de vida do homem – conforme o ângulo que se avalia esse processo - tivemos o arbítrio e a desigualdade típicos dos estados absolutistas e autoritários.

¹⁰⁰¹ MOSCA, 1987, p. 215.

¹⁰⁰² STRECK; MORAIS, 2003, p. 39.

4.4.2.2 As declarações de direitos

A representação jurídica de Direitos Humanos é, como se sabe, relativamente nova na história mundial. Segundo Souza Santos, essa ideia tem ligação com o projeto moderno:

Os direitos humanos são parte integrante do projecto da modernidade. O projeto da modernidade é projecto ambicioso e revolucionário. Disse noutra lugar que ele se sustenta em dois pilares: o pilar da regulação social e o pilar da emancipação social, cada um deles constituído por três princípios ou lógicas (Santos, 1988). O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, pelo princípio do merda e pelo princípio da comunidade. O pilar da emancipação é constituída por três lógicas ou tipos de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura, a racionalidade moral-prática e do direito e a racionalidade cognitiva-instrumental da ciência e da técnica.¹⁰⁰³

Concretamente, os Direitos Humanos surgem a partir da positivação das declarações de direitos do final do século XVIII, nomeadamente a Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração Francesa de 1789, a Declaração Norte-Americana de 1791, com as dez primeiras Emendas e, por último, no século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1948.¹⁰⁰⁴

Segundo Schmidt¹⁰⁰⁵, as Declarações de Direitos foram a consolidação do individualismo:

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o *individualismo* alcança o seu triunfo. Com ela, os direitos naturais do homem, principalmente o de liberdade e o de igualdade, foram positivados. O consenso dos cidadãos fundou um novo Estado.

A Declaração de Virgínia, em treze artigos, escrita por Jefferson e Adams, com base nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, falava, essencialmente, dos *direitos de igualdade, liberdade, democracia, justiça, separação dos poderes, direito de defesa, prova*

¹⁰⁰³ SOUSA, Boaventura Santos. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Coimbra: Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais, n. 10, 1989, p. 1-5. Embora o autor afirme que, das promessas do projeto da modernidade, os Direitos Humanos foram uma das que mais obteve êxito, na pós-modernidade eles entraram em crise: “Em primeiro lugar, o capitalismo não parece atravessar nenhuma crise significativa e muito menos crise de identidade. Pelo contrário, são os direitos humanos que parecem estar em crise. A crise do Estado-Providência e as filosofias políticas neocontratualistas muito em voga ultimamente põem em causa os direitos humanos da segunda geração, os direitos sociais e económicos, que até há alguns anos pareciam uma conquista irreversível. [...] a crise dos direitos humanos da segunda geração parece arrastar consigo a crise dos direitos humanos da primeira geração, os direitos civis e políticos, do que resulta um crescente autoritarismo e uma nova reformatização da democracia”.

¹⁰⁰⁴ SILVA, 1996, p. 149-174.

¹⁰⁰⁵ SCHMIDT, 2003, p. 130-31.

judicial, vedação a penas cruéis, liberdade de imprensa e religião, militares subordinados ao poder civil. Tais garantias foram, em tese, repetidas pela Declaração Norte-Americana.

Conforme Comparato¹⁰⁰⁶, a própria ideia de publicar uma declaração já significava uma absoluta novidade:

Na verdade, a ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a autoafirmar sua independência, porque o povo que a constitui detém o poder político supremo. Os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais, de tal forma que “seus poderes legítimos derivam do consentimento dos governos”. E “toda vez que alguma Forma de Governo torna-se destrutiva (dos fins naturais da vida em sociedade), é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova Forma de Governo”. Aí está afirmado, com todas as letras, o direito de revolução, sobre o qual já havia teorizado John Locke.

A “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, como marco do esplendor do indivíduo, em seus dezessete artigos, buscava, em síntese, os direitos de *liberdade, de igualdade, de propriedade e de legalidade*. A Revolução Francesa e essa declaração, que dela resultou, representam – isso é consenso entre os historiadores – aqueles momentos decisivos, ao menos simbolicamente, que marcam o fim de uma época e nascedouro de outra. São exemplos daqueles momentos históricos de mudança da humanidade.¹⁰⁰⁷

O matemático e filósofo Condorcet destacou que a Constituição americana era inferior à Constituição francesa. Ao passo que essa reconhecia a igualdade de direitos como seu único e supremo princípio, naquela os norte-americanos continuaram a procurar o equilíbrio dos poderes no interior do Estado. Os norte-americanos insistiram mais, em princípio, sobre a identidade dos interesses do que sobre a igualdade dos direitos. Em todas as Declarações subsequentes, a igualdade toma lugar ao lado da liberdade entre os direitos tutelados.¹⁰⁰⁸

Essas declarações, mormente as pioneiras, expõem ao mundo um sentido inovador e profundamente revolucionário sobre a condição humana. As lutas políticas e sociais desencadeadas na América e na França revelavam que os indivíduos já não estavam seguros de sua destinação perante Deus. Tampouco podiam confortar-se diante dos regramentos

¹⁰⁰⁶ COMPARATO, 2003, p. 102.

¹⁰⁰⁷ BOBBIO, 2004, p. 99. Conforme o autor: “Um grande historiador da revolução, Georges Lefebvre, escreveu: “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”.

¹⁰⁰⁸ DUMONT, 2000, p. 112.

oriundos de castas.¹⁰⁰⁹

As declarações de direitos, tomadas como universais, ofereciam a promessa desejada de estabilidade na tutela de bens considerados primordiais, bem como balizavam o processo necessário de alteração das leis. Nesse sentido, Lafer¹⁰¹⁰ afirma que:

A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos *estamentos* ou ordens das quais se originavam. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura.

A evolução dos Direitos Humanos encarregou-se de situar a estabilidade dos que seriam primordiais. Isso aconteceu, mormente, com a superação do jusnaturalismo que os fundamentava, a partir da ambiguidade oferecida pelo conceito de “Natureza Humana”, o qual dizia que “todos os homens nasciam iguais”. Os humanos não nascem iguais, nem são criados igualmente por conta da natureza. Somente a construção artificial de um sentido igualitário atribuindo aos seres humanos, como portadores de direitos, pode, de fato, afirmar a igualdade ou renovar sua busca.¹⁰¹¹

Na análise da questão da positivação dos Direitos Humanos, no decorrer do processo histórico, é importante que se faça a distinção das duas perspectivas nas quais ela está inserida: a *ex part popoli* – o ponto de vista daqueles submetidos ao poder; e a *ex part principis*, o ângulo daqueles outros que estão no poder. É uma dicotomia do tipo pluralista que tem o objetivo de classificar, inserida numa realidade complexa em constante transformação, e não dualista que busca a cisão, no sentido de que uma visão exclui a outra.¹⁰¹²

É importante essa dicotomia para a compreensão do tema relativo aos Direitos Humanos. Nesse diapasão, há uma prevalência da ponto de vista *ex part populi*, segundo a própria lógica da modernidade, a qual assentou a existência de direitos naturais, que são próprios dos indivíduos e que já havia antes mesmo da formação da sociedade política.

¹⁰⁰⁹ ROLIM, Marcos. Direitos humanos e civilização. In: **Direitos humanos**: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar. LYRA, Rubens Pinto (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002, p. 149.

¹⁰¹⁰ LAFER, 1988, p. 123.

¹⁰¹¹ ROLIM, *op. cit.*, p. 149-150.

¹⁰¹² LAFER, *op. cit.*, p. 125.

Disso resulta, conforme assevera Lafer, de acordo com o ponto vista de Bobbio, o princípio, solenemente proclamado pelas declarações americana e francesa, de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo.¹⁰¹³

Os Direitos Humanos consagrados nas primeiras declarações foram chamados de **primeira geração**. Assinalam, particularmente, uma separação entre o Estado e não Estado. São um conjunto de direitos individuais universalizados pela doutrina *liberal* que marcam a emancipação do poder político, a superação do Estado absoluto e religioso e a liberação do poder econômico diante dos entraves feudais. São os Direitos Humanos positivados na Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789. Neles há um evidente balizamento entre o que é Estado e o não Estado em face da influência do contratualismo de inspiração individualista no qual se inspiraram.¹⁰¹⁴

São os direitos vistos como típicos do indivíduo e elencados como naturais, já que existiam antes do contrato social. É por esse motivo que são chamados direitos individuais: quanto ao *modo de exercício* – é individualmente que se afirma a liberdade de opinião, por exemplo - em relação ao *sujeito passivo do direito*. Isso ocorre uma vez que o titular do direito tem a prerrogativa de invocá-lo contra os demais indivíduos e contra o Estado. Portanto, ele tem como limite ao seu exercício de direitos os direitos dos outros.¹⁰¹⁵

Sobre a importância das declarações de direitos, especificamente sobre a americana, escreveu Comparato¹⁰¹⁶:

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então a soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.

A esses direitos, fez-se acrescentar os individuais exercidos coletivamente: a liberdade de associação – primeira emenda da Constituição americana - que deu amparo à criação dos partidos políticos e sindicatos. Assim, o desenvolvimento do liberalismo desempenhou um papel decisivo na consolidação das democracias modernas, universalizando procedimentos que apontam para a necessidade do *controle político do poder político*.

¹⁰¹³ LAFER, 1988, p. 125.

¹⁰¹⁴ ROLIM, 2002., p. 149-150.

¹⁰¹⁵ LAFER, *op. cit.*, p.124.

¹⁰¹⁶ COMPARATO, 2003, p. 103.

No século XIX, nasce, então, a **segunda geração** dos Direitos Humanos, também chamados de *direitos de crédito* do indivíduo em relação à coletividade: *trabalho, saúde e educação*. Surgiram do confronto do liberalismo com tradição socialista e com a generalização de expectativas por igualdade, decorrente de um novo processo de repercussões histórico-universais: a entrada na cena política da classe política operária e de legiões de deserdados surgidos na esteira do desenvolvimento econômico capitalista.¹⁰¹⁷

A respeito dos direitos de segunda geração, Lafer¹⁰¹⁸ afirma:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

Tais direitos, *econômico-sociais e culturais*, estendiam a perspectiva de universalização ao usufruto de riquezas e bem-estar produzidos coletivamente. O titular desses direitos, entretanto, continuava sendo o indivíduo, agora mais apto a exercitar mesmo os direitos de primeira geração pelas garantias obtidas no respeito aos direitos de crédito.¹⁰¹⁹

Os direitos de segunda geração só serão incorporados nos textos constitucionais do século XX, principalmente após o impacto da Revolução Russa. Na Alemanha, a Constituição da “República de Weimer” serviu de modelo para o constitucionalismo social, mas, curiosamente, também possibilitou a ascensão de Hitler ao poder.¹⁰²⁰ Entretanto, em 1917, portanto dois anos antes da Constituição da “República de Weimar, a Constituição mexicana já tutelava direitos sociais. No Brasil, só passam a ser reconhecidos, formalmente, a partir da Constituição de 1934.¹⁰²¹

Há uma aparente contradição histórica, embora o caráter complementar das duas séries de direitos, os de primeira e os de segunda geração. Parece claro que os Direitos Humanos de primeira geração almejam, de fato, uma limitação dos poderes do Estado, enquanto que os

¹⁰¹⁷ ROLIM, 2002, p. 150.

¹⁰¹⁸ LAFER, 1988, p. 127.

¹⁰¹⁹ ROLIM, *op. cit.*, 150.

¹⁰²⁰ COMPARATO, 2003, p. 185-9.

¹⁰²¹ CARRION, 1997, p. 54-5.

direitos de segunda geração trazem como pressuposto uma ampliação dos poderes do Estado.¹⁰²²

No entanto, não existe contradição entre eles. A relação é complementaridade, isso pelo ângulo da *ex parte populi*, pois os de segunda geração pleiteiam assegurar as condições para o total exercício dos de primeira geração. Essa complementaridade tem o condão de atenuar os empecilhos ao pleno desenvolvimento das capacidades do homem. Os direitos de crédito – de segunda geração (econômico-sociais e culturais), são vistos como aqueles que realizam os de primeira geração – a acessibilidade aos meios de vida e de trabalho – o que evita a invasão do todo na esfera do indivíduos.¹⁰²³

Está em implementação uma nova geração de Direitos Humanos, os de **terceira geração**, oferecendo aos povos uma base concreta para a legitimação de suas demandas por justiça. São os chamados *direitos coletivos, difusos e transindividuais*. Eles têm como titular não o indivíduo, mas grupos humanos como a família, o povo, a nação, a coletividade, regional ou étnica, e a própria humanidade. A autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e ao meio ambiente.¹⁰²⁴

Por derradeiro, atualmente, há outros temas oferecidos ao debate público pela evolução e da ciência, política e pelas mais novas revoluções tecnológicas. Suscitam-se, desse modo, controvérsias a respeito de direitos já considerados de **quarta geração**, tais como: os direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética,¹⁰²⁵ do controle de dados informatizados, bem como do acesso de todos os povos a Estados Democráticos de Direito, ou seja, à democracia, na sua concepção moderna, representativa.

A respeito da importância desses direitos, Lafer¹⁰²⁶ afirma que:

¹⁰²² ROLIM, 2002, p. 150.

¹⁰²³ LAFER, 1988, p. 128-9.

¹⁰²⁴ ROLIM, *op. cit.* p. 150.

¹⁰²⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. Reprodução humana assistida: aspectos jurídico-penais. In: **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131-138. Segundo o autor: “Da manipulação de gametas e/ou embriões podem surgir outros abusos oriundos das técnicas de reprodução assistida que dizem respeito à produção de seres híbridos e de quimeras. [...] Visando proteger à *dignidade reprodutiva*, alguns países regulamentaram penalmente tais abusos. A novel lei italiana prevê como crime a fecundação de um gameta humano com um gameta de espécie diversa e a produção de híbridos ou de quimeras. [...] Já No Reino Unido proíbe-se a “junção (*mix*) de gametas [humanos] com gametas vivos de qualquer animal”, cominando a pena de até dez anos de prisão. [...] No Brasil, inexistente qualquer previsão típica na legislação penal atual, restando tipificada apenas a hibridação gênica (interespecífica ou intra-específica), realizada mediante técnicas de engenharia genética, pela Lei 11.105/2005. [...] A tendência para legisla sobre todos ou alguns aspectos das técnicas de reprodução assistida vem se generalizando, sobretudo nos países europeus. [...]”.

¹⁰²⁶ LAFER, *op. cit.*, p. 130.

[...] os direitos de terceira e até mesmo de quarta geração têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. [...] É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1.º, § 2.º, art. 55) e reivindicado com muita nitidez na prática da ONU em relação às potências colonialistas no processo de descolonização, a partir da resolução 1514 (xv) da Assembleia Geral em dezembro de 1960. [...] é oportuno, igualmente, mencionar: o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos [...] o direito à paz; o direito ao meio ambiente arguido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade.

Pode-se afirmar, sem dúvida, que o grau de civilidade alcançado por uma sociedade está em relação direta e unívoca com o estágio de garantia efetiva conferido aos Direitos Humanos. Por outro lado, mesmo onde não são efetivados, a perspectiva oferecida pelos Direitos Humanos é permanente estímulo às lutas democráticas, na função de “ideia reguladora”. Então, mesmo em locais onde funcionam como mera ficção, são sempre “ficção operante”. Graças aos Direitos Humanos, foram criadas novas leis e costumes e populações inteiras mobilizaram-se na afirmação de novos direitos.¹⁰²⁷

Por conta disso, já não é mais possível enfrentar o debate sobre os Direitos Humanos, nos termos oferecidos pela crítica marxista. Ela, ao se fixar na denúncia à ideologia que mascara os interesses econômicos e de classe, despreza a dimensão simbólica e constitutiva das reivindicações, que é a conquista de novos direitos. Mantendo-se a ideia reducionista da sociedade fraturada em classes tem-se uma projeção irreal das sociedades e de seus conflitos, subordinando-os, por definição às contradições econômicas.¹⁰²⁸

A expansão do marxismo fez-se acompanhar por uma depreciação generalizada da própria noção de “direito”, tomada como burguesa, bem como por um conjunto de observações irônicas responsáveis pela relativização “científica” dos Direitos Humanos. Para Marx, em “A Questão Judaica”, a proclamação dos Direitos do Homem apenas materializava a cisão típica das sociedades burguesas entre o “Homem” e o “Cidadão”. Para Marx, os direitos do homem, direitos da sociedade burguesa, são apenas os direitos do homem egoísta, do homem separado do homem e da coletividade. A liberdade de opinião aparecia como um mero equivalente espiritual da propriedade privada.¹⁰²⁹

A liberdade, para Marx, é apenas como pressuposto do indivíduo isolado, como um “mônada dobrada de si mesma”. A segurança é como conceito social supremo da sociedade burguesa. O conceito de polícia é como aquele no qual toda a sociedade existe unicamente para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de

¹⁰²⁷ ROLIM, 2002, p. 150-1.

¹⁰²⁸ LEFORD, Claud. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 50.

¹⁰²⁹ ROLIM, *op. cit.*, p. 151.

sua propriedade. Marx silencia sobre os artigos 10 e 11 da Declaração dos Direitos do Homem - liberdades de opinião, religião, comunicação e expressão. Ele não percebe que liberdade de opinião estava explicitamente associada à de comunicação, tipo fundamental de relação humana, um direito de repercussão coletivo.¹⁰³⁰

Na sociedade preconizada por Marx, a qual seria liberta da opressão e exploração, não há lugar a nenhuma instituição determinada, nem aos direitos do homem, pois eles estariam imersos na vida social. Isto o impedia de visualizar, por exemplo, a seguinte fórmula: “Todo homem é considerado inocente até que tenha sido declarado culpado”.

O surgimento do fenômeno totalitário neste século conferiu ao tema dos Direitos Humanos uma premência inédita, imprevisível às gerações anteriores.¹⁰³¹ Diante dele, se pode concordar com a assertiva, segundo a qual o totalitarismo se edifica sobre as ruínas dos Direitos Humanos. Em virtude do impacto das barbáries cometidas na 2ª Guerra Mundial, foi redigida A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.¹⁰³²

A experiência dos regimes totalitários como os da União Soviética, de Stálin, e da Alemanha, de Hitler, demonstraram a realidade de indivíduos transformados em “mônadas”. Nelas os homens estão separados dos homens e da sociedade, pois tais experiências foram as únicas que pretenderam *dissolver o estatuto da individualidade no próprio corpo político*, seja ele “o povo soviético”, o “estado”,¹⁰³³ “o partido” ou o “*volksgenosse*”.¹⁰³⁴

Com base nessas experiências limites, em que o modelo de humanidade foi construído com o “Gulag” e o genocídio nos campos de extermínio, é que devemos considerar os Direitos Humanos como nossa referência última. Assim, estaremos diante de um poderoso instrumento de questionamento das realidades concretas, como do próprio direito.¹⁰³⁵

A relação do Estado Democrático de Direito com os Direitos Humanos é evidente, pois aquele possibilita à sociedade experimentar direitos que ainda não lhe estão, formalmente, incorporados. É o espaço para a contestação de opiniões e interesses, onde se

¹⁰³⁰ ROLIM, 2002, p. 151.

¹⁰³¹ DUMONT, 2000, p. 141-3. O autor chama o fenômeno do totalitarismo de “A Doença Totalitária”. Para estudar o tema, ele cita como exemplo o nazismo na Alemanha de Hitler: “O corretivo que se impõe, em primeiro lugar, consiste em reconhecer no nacional-socialismo um fenômeno moderno, uma doença, sem dúvida, mas uma doença do nosso mundo – e não apenas uma aberração de alguns fanáticos, o resultado de causas históricas diversas ou da perversão de uma nação inteira”.

¹⁰³² COMPARATO, 2003, p. 223.

¹⁰³³ CARRION, 1997, p. 51-2. Para ilustrar a ideia do fascismo, o autor traz o seguinte trecho da (Enciclopédia Fascista de Mussolini): “Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado. O indivíduo só existe na medida em que faz parte do Estado e na medida em que permanece subordinado às necessidades do Estado”.

¹⁰³⁴ LAFER, 1988, p. 133.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 167. Segundo o autor, “A qualificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra a humanidade é uma das conseqüências da ruptura totalitária. A base inicial da tipificação deste crime, em texto internacional, encontra-se no ato constitutivo do Tribunal de Nürenberg, de 8 de agosto de 1945”.

manifestam poderes que não podem estar sob controle de quem quer que seja.

A luta pelos Direitos Humanos torna possível uma nova relação com a política, principalmente neste início de século. Isso após o fracasso visceral das experiências que tentaram nos aproximar à utopia socialista, bem como da incapacidade dos regimes capitalistas, na maior parte do planeta, em dar um sentido humano de existência às pessoas. Portanto os Direitos Humanos e os movimentos sociais neles inspirados são os construtores da trincheira mais urgente e tangível para a derrota da barbárie e de seus múltiplos operadores.¹⁰³⁶

Sabemos que, quanto mais influentes as expectativas de liberdade e justiça disseminadas pela consciência do direito, tanto maiores tendem a ser as resistências dos dominadores à própria noção dos Direitos Humanos. Assim, devemos tomar a plataforma dos Direitos Humanos não só como lembrança de denúncia de abusos e violência, e sim como projeto de sociedade, como a promessa mais grandiosa de uma sociedade humanizada e digna. Devemos tomar os Direitos Humanos como um conjunto ético “material”, como um conjunto de valores indispensáveis ao convívio social.¹⁰³⁷

A luta pelos Direitos Humanos no Brasil atingiu relevância diante da resistência à ditadura militar (1964-1985). A partir dos anos setenta, o combate à tortura, prisões arbitrárias e anistia dos crimes políticos tornaram a expressão Direitos Humanos conhecida do grande público.¹⁰³⁸ A tortura nessa época, já amplamente utilizada na surdina contra os segmentos sociais excluídos, torna-se institucionalizada pelo Estado brasileiro e, agora, passa a ser empregada contra os inimigos políticos do regime.¹⁰³⁹

No Brasil, gera-se uma situação curiosa e potencialmente trágica em relação a esse assunto. Entre nós, a luta pelos Direitos Humanos há muito deixou de agregar qualquer consenso. Curiosa, pois se estamos lidando com direitos que, em tese, são de todos, era de se esperar que a sociedade depositasse nessa luta confiança maior. Trágica, uma vez que essa ideia negativa sobre os Direitos Humanos – disseminada pelo senso comum – gera o

¹⁰³⁶ ROLIM, 2002, p. 153.

¹⁰³⁷ TOSI, 2002, p. 112.

¹⁰³⁸ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Violência do estado e violência “doméstica”: o que tem em comum? In: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). **Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia/TeCorá, 2002, p. 79. Segundo a autora: “Apesar da implantação, em 1964, de um governo de força, somente a partir do AI-5 é que a tortura se tornou uma política oficial de Estado. A vitória da chamada “linha dura”, o “golpe dentro do golpe”, instituiu o terrorismo de Estado, que utilizou sistematicamente o silenciamento e o extermínio de qualquer oposição ao regime. O AI-5 inaugurou também o governo Médici (1969-1974), período em que mais se torturou em nosso país”.

¹⁰³⁹ KOLKER, Tânia. A tortura e o processo de democratização brasileiro. In: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). **Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos**. RJ. Instituto Franco Basaglia. Rio de Janeiro: TeCorá, 2002, p. 39.

alargamento da insensibilidade, a justificação da violência e reforço da exclusão social.¹⁰⁴⁰

Com a transição democrática, iniciou-se uma nova fase das demandas por Direitos Humanos no Brasil, adquirindo um relevo muito maior as exigências sociais. Os “operadores da Barbárie” - uma parte dos governantes, políticos, magistrados, policiais, comunicadores, etc. - passaram a ser denunciados em suas práticas mais comuns de violências. Como reação, utilizando-se da notória posição de todas as comissões de Direitos Humanos, colocarem-se contrárias aos maus-tratos impostos aos presidiários, esforçaram-se por fazer associar a luta pelos Direitos Humanos à prática da “*defesa de bandidos*”.¹⁰⁴¹

A atual condição dos promotores dos Direitos Humanos no Brasil, na atualidade, não é das melhores, conforme Bitar, Spagnol e Matos¹⁰⁴²:

A situação dos defensores de Direitos Humanos no Brasil, hoje, é crítica. Faz mais de 20 anos que estamos sob uma Constituição democrática, e faz mais de um século que somos uma República. Mas, entre nós, aquele que ergue seus braços para afirmar a luta por direitos, neste país, ainda é visto como um aventureiro que merece como respostas as diversas formas de expressão de violência.

Com isso, obtém-se o resultado de redução do potencial de contestação da luta pelos Direitos Humanos. É oferecida à opinião pública uma visão distorcida de Direitos Humanos, que não mais podem ser vistos como universais. Promovendo o isolamento do trabalho de Direitos Humanos, tirando-lhes força política e legitimidade para o enfrentamento de condutas antidemocráticas de nosso Estado. Dessa forma, encontramos-nos em um momento em que, contrariando o adágio popular, o movimento pelos Direitos Humanos no Brasil encontra-se em xeque por uma mentira que “tem pernas compridas”.¹⁰⁴³

¹⁰⁴⁰ ROLIM, 2002, p. 153.

¹⁰⁴¹ KOLKER, 2002, p. 44; no mesmo sentido, *Ibid.*, p. 90-98. Sobre a banalização da violência e da tortura no Brasil, a autora afirma que: “[...] A prisão desumaniza os presos, e os próprios presos banalizam a violência que sofrem. [...] a tortura parece ser justificada e naturalizada pelos torturadores, pela sociedade e pelos próprios alvos preferenciais da tortura. [...] De acordo com pesquisa da fundação Getúlio Vargas, entre setembro de 1995 e julho de 1996, 63% da população pesquisada concordaram totalmente com a afirmativa “os bandidos não respeitam os direitos dos outros e por isso não devem ter seus direitos respeitados”; 40,4% consideram “o uso de métodos violentos para a confissão de suspeitos justificável em alguns casos”; 40,6 consideram “o linchamento de criminosos uma atitude errada, porém compreensível”, e 11,2% consideram correta esta atitude”.

¹⁰⁴² BITTAR, Eduardo C. B; SPAGNOL, Antônio Sergio; MATOS, Fernando. A situação dos defensores de direitos humanos no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 198, maio 2009. Os autores fazem essas afirmações com base em pesquisa da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), em convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) - Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos. De acordo com a pesquisa, segundo os autores: “A maioria das ameaças vem de indivíduos que se sobrepõem ao poder do Estado e fazem valer seus interesses particulares através de atos abusivos e violações de direitos. E, assim, impõem uma ordem às avessas, que somente provoca violências em escalas cada vez maiores”.

¹⁰⁴³ ROLIM, *op. cit.*, p. 154.

Vivemos em uma época em que o mal se banalizou de tal forma que uma parcela considerável da “opinião pública” está disposta a sustentar a morte como uma política pública, com o discurso racista de irrecuperabilidade. Pois para o racista o outro é inconversível, por isso é irrecuperável. Esse sentimento é bastante generalizado, hoje, em relação às populações carcerárias do Brasil.¹⁰⁴⁴

Por outro lado, um aspecto positivo da época atual é justamente este: o período democrático em que se vive hoje, que é global, salvo raras exceções, trouxe a discussão sobre os Direitos Humanos a um patamar talvez nunca visto. Nesse sentido, Bobbio¹⁰⁴⁵ afirma que:

[...] perguntou-me, no final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, eu via algum sinal positivo. Respondi que sim, que via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.

É visível hoje a ênfase cada vez maior que se dá à discussão sobre os direitos do homem, sendo que esse tema é recorrente nas mais importantes assembleias mundiais. Talvez isso seja um indício de que estamos avançando no sentido da busca do bem comum. Nesse sentido, importa ressaltar que essa visibilidade aos Direitos Humanos pode ocorrer pela crescente consciência que as pessoas têm alcançada de seus direitos ou, paradoxalmente, pelas notícias muito frequentes dos atentados e violações desses direitos.¹⁰⁴⁶

Outro fator que também pode ser apontado, na seara da propagação e visibilidade nunca antes alcançada pelos Direitos Humanos, é justamente os ares democráticos que sopram pelo mundo na atualidade. Conforme já apontamos em diversos momentos deste trabalho, as instituições democráticas, bem como a paz, têm sido exaustivamente positivadas nas cartas democráticas. Elas, inclusive, foram elevadas a princípios desses modelos, existindo uma ideia constante na busca de suas concretizações.

¹⁰⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Azul**: garantias e violações dos direitos humanos no RS. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do RS, 1994, p. 14; LAFER, 1988, p. 172-9. Sobre a questão da banalização do mal, o autor traz as reflexões de Hannah Arendt quando do julgamento do criminoso de guerra Adolf Eichmann, idealizador da solução final nazista e do genocídio nos campos de concentração: “Por isso, como disse Hannah Arendt, refletindo sobre o caso Eichmann, na sua já citada carta a Scholem: “É minha opinião agora que o mal nunca é ‘radical’, que ele é apenas extremo e que não possui nem profundidade nem dimensão demoníaca. Ele pode invadir e destruir todo o mundo precisamente porque se propaga como um fungo na superfície. Ele desafia o pensamento, como disse, porque o pensar busca a profundidade, procura alcançar as raízes e, no momento que se ocupa do mal, se vê frustrado porque nada encontra. Esta é a banalidade do mal. Só o bem tem profundidade e pode ser radical”.

¹⁰⁴⁵ BOBBIO, 2004, p. 66.

¹⁰⁴⁶ COMPARATO, 2003, p. 229-30.

Sobre essa questão, Bobbio¹⁰⁴⁷ observa que:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento históricos: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.

Não é por outro motivo senão esse que a Declaração Universal dos Direitos do Homem inicia consignando que *o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*. Sabe-se, imediatamente, ao se ler essas palavras que está se falando da Declaração da Organização das Nações Unidas, uma reiteração da confiança na força da ideia dos Direitos Humanos.¹⁰⁴⁸

Quando se afirma que os homens têm direitos que são preexistentes ao próprio Estado, que é o poder ao qual se convencionou que temos todos de obedecer, isso nos dá uma visão por um outro ângulo das questões envolvendo a sociedade.

Nesse momento, saímos da visão consolidada sobre a política, pois, por um lado, vislumbra-se que o indivíduo aparece como um contraponto à coletividade. Também se observa que a questão da obediência ao Estado e às leis tem como princípio a relação moral e jurídica que se estabelece a partir do que é bom para ambos e não simplesmente como uma imposição formal do ente político em relação ao indivíduo.¹⁰⁴⁹

A afirmação de que hoje a violação dos direitos à vida, à liberdade e à segurança pode vir de vários entes – Estado, conquistas da ciência, por exemplo – é importante para que se possam traçar as estratégias de efetivação desses direitos e não só a positivação deles.

Como foi colocado no capítulo inicial, hoje o progresso científico, que é característico desta era pós-moderna, representa, sem dúvida, um risco de violação de inúmeros Direitos Humanos. Isto é mais um paradoxo da atualidade: a ciência que deveria reduzir os riscos e perigos acaba por gerá-los, trazendo com isso a insegurança e violações dos direitos do homem.¹⁰⁵⁰

Dessarte, a luta pelos Direitos Humanos constitui-se na mais ampla reforma ético-cultural do mundo contemporâneo. É a mais avançada e radical proposição da liberdade e da cidadania,

¹⁰⁴⁷ BOBBIO, 2004, p. 223.

¹⁰⁴⁸ COMPARATO, 2003, p. 231-2.

¹⁰⁴⁹ TOSI, 2002, p. 113. Sob o prisma daquilo que o autor chama de “Dimensão Política” dos Direitos Humanos, “O Estado assume, assim, o compromisso de ser o promotor do conjunto de direitos fundamentais, tanto do ponto de vista “negativo”, isto é, não interferindo na esfera das liberdades individuais dos cidadãos, quanto do ponto de vista “positivo”, implementando políticas que garantam a efetiva realização desses direitos para todos”.

¹⁰⁵⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 231-2.

que se opõe ao modelo do sujeito alienado, desinteressado das questões públicas, obcecado pelo prazer e pelo consumo, cínico diante da política e, inevitavelmente, conformado.

Os Direitos Humanos devem ser vistos como objetivo e limite do próprio Estado. Ou seja, por um lado, o Estado deve existir como instrumento de efetividade dos direitos do homem – no caso dos sociais, de segunda geração, em uma prestação positiva. Entretanto, por outro prisma, os Direitos Humanos são o limite de exercício do poder do Estado e da própria coletividade como maioria – é prestação negativa que se apresenta em relação aos direitos de primeira geração.

4.4.2.3 Os direitos humanos e a segurança pública

Ao tratar e relacionar os temas em questão, busca-se fazê-lo em uma dimensão diferente, qual seja, evidenciar que entre eles não há antagonismo ou incompatibilidade quando interagirem sob o manto do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, quer-se demonstrar que a garantia de Direitos Humanos também depende do desenvolvimento de políticas públicas na seara da Segurança Pública e da atividade policial.¹⁰⁵¹

4.4.2.3.1 O caráter seletivo do conceito de segurança pública

A discussão ora proposta é das mais complexas. Uma abordagem equivocada pode gerar, como vem gerando, mais problemas do que eventuais encaminhamentos dos problemas que a envolvem.

A busca da segurança foi sempre um anseio dos seres humanos. Conforme Santin¹⁰⁵²:

O direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como Estado moderno, pelo fornecimento de proteção ao povo para a garantia da paz e tranquilidade da convivência social, especialmente o direito de propriedade e da incolumidade pessoal por meio da atuação da polícia ou guarda similar.

¹⁰⁵¹ COMPARATO, 2003, p. 232. Conforme o autor, ao lado de outros Direitos Humanos Fundamentais, o direito à segurança está elencado no artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, vejamos: “[...] Artigo III – Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal [...]”. Grifos nossos.

¹⁰⁵² SANTIN, 2004, p. 76.

Desde as primeiras declarações de direitos, a segurança pública esteve presente como um dos valores fundamentais do homem. A Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, no seu artigo 3.º, dizia que “o governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade”.¹⁰⁵³ Da mesma forma ocorreu na Constituição Revolucionária de 1793 da França. O artigo 8º definiu a segurança como “a proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”.¹⁰⁵⁴

No Brasil, a Carta Constitucional de 1988, entre vários direitos humanos - a vida, a liberdade, a incolumidade física, a privacidade [...] - a serem promovidos e garantidos, elencou o Direito à Segurança. Conforme Afonso da Silva, esse é um direito humano e engloba segurança do domicílio, das comunicações pessoais, em matéria penal e tributária. Na Teoria Jurídica, a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que o qualifica.¹⁰⁵⁵

A Segurança Pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento da convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.¹⁰⁵⁶

A partir dessa definição, sob o enfoque do Direito Constitucional, surgem questionamentos. Conforme afirma Dias Neto, a respeito de segurança vale o ensinamento de Hobbes, quando diz que ela é o sentido da existência do Estado, mesmo diante da realidade socioeconômica brasileira e seus índices crescentes de violência. Pergunta: diante da elevação de 130% nas taxas de homicídio, nas duas últimas décadas, estaríamos próximo do caos?¹⁰⁵⁷

Então o autor propõe o que chama de *conceito seletivo* de Segurança Pública, uma vez que poucos assuntos são tão fascinantes e polarizados como esse. O tema sofre de deturpações e incompreensões, pois as ideias a respeito serão contaminadas por arquétipos e sentidos comuns seletivos e, muitas vezes, desviados da realidade – no cotidiano já temos um conceito, por exemplo, para “crime organizado”, “criminalidade juvenil” e “inteligência policial”.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵³ COMPARATO, 2003, p. 115.

¹⁰⁵⁴ SANTIN, 2004, p. 77. Do mesmo modo, trouxeram a segurança como direito fundamental a Constituição Mexicana de 1917; a Constituição Russa de 1919 e a Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948, no artigo 3.º

¹⁰⁵⁵ SILVA, 1996, p. 777. De acordo com o autor, a Segurança Jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam, de antemão, que uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 7. (Fundação Getúlio Vargas).

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 70-75.

Os erros conceituais distorcem a forma de como se olha para a segurança ou à falta dela. A consequência disso é a identificação equivocada dos problemas e das pretensas soluções, gerando intensa confusão na sociedade e até mesmo no dito meio especializado sobre como abordar a questão. Há, por esse prisma, a igualação do conceito de segurança com segurança contra o crime e de política de segurança com política criminal.¹⁰⁵⁹

Normalmente, as discussões mais aprofundadas dos problemas relativos à segurança pública são atropeladas pela lógica da urgência; da busca da imagem de candidato perfeito nos pleitos eleitorais ou da preocupação midiática da busca de telespectadores. Temos, então, um resultado paradoxal, conforme assevera Dias Neto¹⁰⁶⁰:

O paradoxo da abordagem penal é que o fim “segurança” é frequentemente perseguido em detrimento do meio, da “política”. As “políticas de segurança pública” não estão voltadas à mobilização das esferas públicas visando ao enfrentamento racional e preventivo dos conflitos e das situações associadas diretamente ou indiretamente ao sentimento de insegurança. O equívoco das políticas criminais revela-se pelo contrário, na verificação de que as “soluções” apresentadas convertem-se frequentemente em parte indissociável dos problemas.

Uma sociedade democrática, sobretudo esta, tem de ter a capacidade de dar visibilidade aos seus problemas e buscar soluções coletivas para eles. Se a sociedade adota uma postura omissa, quanto as suas responsabilidades de pensar e discutir politicamente seus problemas, dificilmente poderá encaminhar soluções para eles.

Em face da sua complexidade, o tema de segurança - controle da criminalidade e violência – necessita de uma visão mais abrangente, para além da leitura penal, calcada na relação de causa e consequência entre sensação e insegurança, criminalidade e demais determinantes sociais da anomia e exclusão de direitos. Nesse sentido há a necessidade de uma abordagem interdisciplinar da questão criminal, que ultrapasse o sistema penal estatal. A questão que se torna tormentosa é adequar essa abordagem mais aberta com a rigidez do sistema jurídico-penal.¹⁰⁶¹

Necessita-se de imaginação nessa seara, com a busca de uma nova cultura de defesa contra a criminalidade, com políticas criminais de espectro mais abrangente que tenha como consequência intervenções dirigidas à tutela integral dos direitos humanos fundamentais.

¹⁰⁵⁹ SOARES, 2006, p. 14-6.

¹⁰⁶⁰ DIAS NETO, 2005, p. 71.

¹⁰⁶¹ PEQUENO, Marconi. Violência e direitos humanos. In: **Direitos humanos**: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar. LYRA, Rubens Pinto. (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002, p. 126.

Nesse diapasão Dias Neto acentua que o Direito Penal pode servir como instrumento de integração social:

“Segurança pública” é um conceito seletivo construído em torno de duas proposições fundamentais. A primeira está vinculada à fusão entre as ideias de segurança e criminalidade, mas precisamente a “criminalidade de rua”, os crimes contra o patrimônio, contra a vida e o consumo e o comércio de entorpecentes, alvos preferenciais do sistema de justiça penal. A segunda proposição decorre da simbiose entre os projetos de “segurança dos cidadãos” e “segurança do Estado”.¹⁰⁶²

Vê-se nesse pensamento a teoria política de Thomas Hobbes, na qual a sociedade é integrada através da coexistência pacífica dos indivíduos de acordo com as regras estabelecidas. A convivência no grupo social e a integração dos cidadãos dão-se como uma questão de segurança a ser implementada pelo Estado – na verdade, a finalidade de existência deste.

É a noção de que o indivíduo entrega ao ente abstrato Estado parcela de sua liberdade em prol da segurança para que se evite a situação da anarquia e do caos – pela repressão, impõe-se a paz e é evitada a guerra de todos contra todos. Coativamente, aplica-se a ordem jurídica contendo-se as ações egoístas e predatórias do “homem lobo” hobesiano, conforme já colocamos.¹⁰⁶³

Em contrapartida à obrigatória obediência estatal, vem, em tese, a prestação de segurança. Ao Estado que detém o monopólio da força, resta a obrigação de prestar a segurança aos cidadãos. Entretanto, com a consolidação do modelo iluminista-liberal do Estado de Direito, o poder-dever do Estado de tutelar a segurança de seus cidadãos tornou-se cada vez mais fiscalizado, vinculando-se o tema da segurança à ideia da segurança jurídica. Ou seja, os ataques à liberdade do indivíduo só podem ocorrer com autorização jurídica derivada de normas nascidas democraticamente. Paradoxalmente, a liberdade só pode ser diminuída para que o seu exercício se exaspere.¹⁰⁶⁴

Nesse contexto, a repressão estatal encontra respaldo no debate sobre segurança pública. Isso ocorre, mormente quando se fala de drogas, terrorismos, crimes organizados, sempre no sentido de exasperação dos poderes coercitivos do Estado como meio de pacificação da sociedade. A partir desse raciocínio, há um distanciamento da segurança pública como ideia de segurança jurídica.

Segundo Dias Neto, o discurso sobre segurança pública converte-se em argumento político e constitucional para legitimar o uso da força, com a hipertrofia do aparelho penal do

¹⁰⁶² DIAS NETO, 2005, p. 72-3.

¹⁰⁶³ STRECK; MORAIS, 2003, p. 33.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

Estado, visando ao controle da criminalidade. Constrói-se a “retórica de segurança através do combate à criminalidade”. O Direito Penal aparece como o “manto protetor” das violações de bens como propriedade e integridade física e mental dos indivíduos. Induz-se a sociedade a pensar que os cidadãos estarão seguros quando se agir contra aqueles que migraram para o crime: “os perigosos”, “os inoportunos”, “os subversivos” e “os inimigos do Estado”.¹⁰⁶⁵

Hoje a análise do que se constitui a política de segurança pública é complexa. Abrange temas distintos como tráfico de drogas, pornografia e pedofilia pela Internet, imigração ilegal, vandalismo e criminalidade juvenil, xenofobia, discriminação étnica, de gênero e contra idosos, trabalho escravo, crimes de colarinho branco, terrorismo, além daqueles ditos de rua – furtos, roubos, homicídios.¹⁰⁶⁶

Essa variedade de condutas tidas como crimes retrata, de certo modo, a atual banalização da violência e dos riscos sociais existentes. Dá uma idéia da espécie de “cultura da violência” que atinge a sociedade. Segundo Pequeno:

Vimos que a violência atinge a dimensão psíquica e moral dos seres humanos. Ela se afigura como um dispositivo destinado a coisificar o outro, a violar os seus direitos ou a negar a sua humana condição. O recurso à violência implica um processo de desumanização do próximo, tornando-o uma simples coisa ou um ser desprovido de toda qualidade humana superior. A violência pode ser concebida como um reificação do ser humano, como uma forma de negação da sua condição humana, como o não reconhecimento do outro como um sujeito dotado de dignidade. Eis por que a violência constitui-se como uma ameaça aos direitos humanos.¹⁰⁶⁷

Nesses tempos da “sociedade do risco” - vivida principalmente nos grandes centros urbanos - e da fragmentação social, o foco de atuação dos organismos que integram o aparato estatal de segurança pública deverá sofrer mudanças. Se antes se dirigia às formas tradicionais de controle do crime e preservação da ordem, baseando-se principalmente na presença física dos agentes de segurança e na ação repressiva aos delinquentes, hoje, tem de ser, também, para a provisão de segurança através das tecnologias de controle a distância.

Esse uso das ditas novas tecnologias se destina, principalmente, à identificação, previsão e administração de riscos, no interesse dos próprios órgãos de segurança, tal é o nível de sofisticação da criminalidade e insegurança pública. São os órgãos de segurança pública preocupados com a sua própria segurança. Enquanto isso, a sociedade acompanha com perplexidade a disparidade entre o agir sofisticado dos agentes do crime, comparada aos

¹⁰⁶⁵ DIAS NETO, 2005, p. 74-5

¹⁰⁶⁶ SILVA, 1996, p. 111-8.

¹⁰⁶⁷ PEQUENO, 2002, p. 128-9.

ultrapassados métodos e estratégias utilizados pelo Estado na busca do controle da criminalidade.¹⁰⁶⁸

Da mesma forma, a análise dogmática e positivista da criminalização de condutas flagrantemente díspares, com base nos relevância dos bens jurídicos tutelados, não consegue dar significado ou legitimidade ao Direito Penal delas resultante. Verifica-se, por outro lado, alguma explicação quanto à escolha pelo Sistema Penal da maneira como a sociedade olha tais questões, isto é, trata-se de uma escolha seletiva. Na análise de Dias Neto¹⁰⁶⁹:

O atributo “criminal”, em sua acepção moderna, não possui natureza descritiva, mas normativa; não revela a qualidade substancial de uma conduta, mas a construção jurídica circunscrita no tempo e no espaço. A criminalização corresponde a um modo específico de interpretação, definição e tratamento de uma conduta que, por alguma razão – ameaça a bens jurídicos, conflitos de valores ou interesses, transgressão de normas - revela-se problemática.

No entanto, a atribuição de criminal a uma conduta não é somente arbitrária, pois também são levadas em consideração as searas éticas e fáticas. Não se pode esquecer nem conceber que o sistema penal é um corpo estranho ao corpo normativo como um todo. Condutas que agredem a vida, a liberdade sexual e o patrimônio, por exemplo, não são considerados crimes simplesmente por determinação arbitrária do legislador, o são, também, por agredirem valores e bens jurídicos fundamentais.

Nesses casos, a omissão estatal de repressão pode resultar em ações agressivas e violentas da coletividade contra os agentes. Mas voltamos a enfatizar que a convergência da sociedade na repressão de determinadas condutas não retira o caráter seletivo e arbitrário da criminalização e persecução penal. Há variações de interpretação dos fatos, relativas ao tempo e ao espaço, no que toca a sua relevância penal ou não.¹⁰⁷⁰

Alguns fatos considerados criminais e abjetos por determinada cultura não o são por outras, como, por exemplo, a questão da licitude ou ilicitude das drogas ou de parte delas. Mesmo a reprovabilidade ou punibilidade do homicídio, o qual, invariavelmente, é considerado crime, encontra divergência de tratamento quanto a sua punição ou justificação, das mais variadas, conforme cada povo e sua cultura.

Dessarte, mesmo em crimes que atualmente são considerados de alta reprovabilidade, em vista da dificuldade de justificação ou pelos bens relevantes que atingem, as interpretações, muitas vezes, são absolutamente antagônicas. São exemplos desses casos os delitos da esfera financeira,

¹⁰⁶⁸ SILVA, 1996, p. 12-3.

¹⁰⁶⁹ DIAS NETO, 2005, p. 75

¹⁰⁷⁰ BATISTA, 2002, p. 111-5.

política, tributária e ambiental, sobre os quais nem sempre há unanimidade no que toca a sua abordagem, mormente quanto à utilização da repressão criminal.

4.4.2.3.2 A definição ampliada da segurança pública

O termo “segurança” relaciona-se, em regra, à situação em que inexistem riscos ou perigos. Como já se mencionou, são inúmeros os conceitos, dependendo da abordagem proposta – Direito, Sociologia, Criminologia. Pode ser ausência de medo, preocupações, sinônimo de paz, proteção ou tutela de direitos e garantias.

De acordo com Sabadell¹⁰⁷¹, no Estado Moderno, a definição do termo “segurança” vai em dois sentidos: a interna e a externa. Nesse diapasão, traz ela o conceito da doutrina alemã:

Nesse sentido, a doutrina alemã diferencia entre a segurança externa e a segurança interna do Estado e dos cidadãos. A primeira (*äuBere Sicherheit*) refere-se à defesa do Estado e à segurança nacional (defesa da integridade territorial, da soberania e das instituições políticas, especialmente no caso de agressão estrangeira). A segunda, denominada *öffentliche Sicherheit* (segurança pública) ou *innere Sicherheit* (segurança interna), refere-se à preservação dos bens jurídicos de todos os cidadãos contra perigos e ameaças provenientes da própria sociedade.

Nessa proposta, vê-se que garantir a segurança dos indivíduos é componente essencial em qualquer das definições, além da correlação com o pensamento de ordem. A tutela do cidadão no contexto externo aparece através da coletividade – povo, nação – ou seja, na proteção da generalidade dos membros do grupo social.

Por outro lado, a segurança interna calca-se naquilo que espera cada sujeito do grupo, em termos de proteção, embora não se afaste do pensamento do interesse coletivo. Mas se fundamenta a segurança interna mormente na ideia de ordem, uma vez que ela está baseada na defesa de um modelo social – organização política interna, do território, da tutela da propriedade e pessoas. Ou seja, sob esse prisma, a segurança tem um viés conservador, uma vez que estaria dirigida à garantia de direitos e do sistema vigente. Para isso, pode usar inclusive meios coercitivos e repressivos contra aquele que atacar o modelo vigente.

¹⁰⁷¹ SABADELL, Ana Lúcia. O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. In: **A violência multifacetada**: estudos sobre a violência e segurança pública. LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Org.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2

Embora exista a visão mais abrangente sobre a definição da segurança pública da doutrina germânica, a regra é uma interpretação mais restritiva na maioria dos países. De acordo com Sabadell, no Brasil afirma-se, por exemplo, que a segurança pública constitui uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, cuja finalidade é propiciar a convivência social pacífica, preservando a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.¹⁰⁷²

Acentua ainda a autora¹⁰⁷³:

Considerando que *innere Sicherheit* significa preservação da ordem pública através da luta contra a criminalidade, alguns autores chegam a afirmar que, sem o direito penal e o processo penal, o conceito de segurança pública se “esvaziaria”. Kaiser, referindo-se a terminologia anglo-ameriacana, afirma que a efetivação da segurança interna pode ser resumida em um único termo: “controle do crime”. Fazem parte desse conceito as instituições de controle social, as estratégias de prevenção e os sistemas sancionatórios que objetivam proteger os bens jurídicos.

A visão de Hobbes a respeito do funcionamento do modelo liberal do Estado se adapta à definição da segurança pública interna. Sob esse prisma, o Direito alemão considera a segurança pública interna como dever do Estado, mormente dos órgãos de segurança e da Justiça Criminal. Ela se funda mormente na prevenção e repressão das condutas delituosas contra o indivíduos, seus patrimônios e interesses do poder público.

O conceito de segurança pública no sistema germânico está centrado fundamentalmente no combate ao crime e à tutela das instituições do Estado. De acordo com essa ideia, quando o Estado falha, quanto à obrigação de prestar a segurança pública interna, restaria sem legitimação em relação a atingir uma das suas finalidades.

4.4.2.3.3 Análise crítica do conceito de segurança pública: sistema de tutela dos direitos fundamentais de todos os indivíduos

Conforme exposto, as questões da segurança pública e da criminalidade, em análise, podem ter mais de um conceito e avaliação. Caso sejam avaliadas de uma forma mais crítica, ou seja, do ponto de vista de quem é perseguido pelo sistema e não pelo prisma de uma classe hegemônica, há mudança substancial em termos de avaliação.

¹⁰⁷² SABADELL, 2003, p. 3.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 3.

Nesse sentido, Baratta¹⁰⁷⁴ assevera que:

Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo um interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Vimos que na concepção alemã da *innere sicherheit* questões sociais relativas ao emprego, pobreza, desigualdade social, carência de serviços essenciais como educação e saúde, além de outros, como o tema da reforma agrária e de acesso a terra, não se enquadram em problemas de ordem pública ou na definição de segurança pública.

Entretanto, com a alteração da óptica das questões relacionadas à segurança pública e criminalidade, quando se tem análise crítica da estrutura de poder por detrás do Direito e do Sistema Penal, essas demandas sociais passam a ter importância. Elas se tornam relevantes, mormente quando nos propomos a definir o conceito e a finalidade do sistema de segurança pública ou do direito criminal. Conforme afirma Batista¹⁰⁷⁵:

Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da penal. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.

Desse modo, verifica-se que as questões relativas à segurança pública não podem centrar-se apenas nas ideias de criminoso, criminalidade e modelos ou medidas de combate a eles. A complexidade das relações sociais - e dessas com o poder - devem ser considerados e valorados tanto na avaliação dos problemas sociais, como no encaminhamento de soluções.¹⁰⁷⁶

Evidencia-se, de acordo com essa interpretação, que são vários os direitos fundamentais a serem tutelados pelo Estado e pelo Sistema Penal. Não se nega, por exemplo,

¹⁰⁷⁴ BARATTA, 2002, p. 161.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 116.

¹⁰⁷⁶ SILVA, 1996, p. 16-7.

o caráter fundamental dos direitos patrimoniais, os quais devem ser protegidos até de maneira repressiva, se necessário, via de regra, são atacados pela denominada *criminalidade de rua*. No entanto, a definição de segurança pública deve ser ampliada como um sistema de proteção de direitos humanos. Aliás, isso passa por uma proposta de exasperação do que é considerado o *público*, bem como da abrangência do conceito de cidadania.

Assim, a conceituação de segurança pública precisa ser rearticulada para se atender aos pleitos de segurança de todos os cidadãos, dos quais se deve ocupar o Estado. Ou seja, é papel do poder público fornecer as condições necessárias à proteção efetiva de todos os direitos humanos fundamentais e de todos os seus titulares.

Essa universalização da proteção é fundamental quando se buscam alternativas para a insegurança pública. Conforme Soares¹⁰⁷⁷:

Em outras palavras: ou haverá segurança para todos, ou ninguém estará seguro. As soluções têm de ser válidas para todos. E, para serem eficazes, têm de enfrentar o problema em todos os seus vários aspectos, ao mesmo tempo. [...] Agora está claro que o problema é de todos nós. E a conclusão se reafirma em escala nacional: ou todos estaremos seguros ou viveremos, todos, no medo e na insegurança. Não há mais espaço para soluções parciais ou unilaterais.

Obviamente, a atenção especial deve ser dada à tutela por segurança dos mais débeis do contexto social, pois esses, pela sua maior vulnerabilidade, merecem maior proteção do Estado.

Nesse sentido, o resgate do conceito hobbesiano é importante porque permite visualizar que o Estado só se legitima quando cumpre as obrigações de satisfazer as necessidades de seus cidadãos, as quais estruturam, em paralelo, a finalidade de sua existência. Conforme Sabadell¹⁰⁷⁸:

Isso permite precisar o conceito de segurança interna nos Estados constitucionais, que limitam a atuação do poder e estabelecem suas finalidades e meios de ação através de normas vinculantes. Em primeiro lugar, deve ser estabelecida uma limitação: a segurança interna não constitui uma finalidade que pode ser obtida a qualquer preço, em detrimento dos direitos de determinadas pessoas e das normas em vigor. Nesse sentido, segurança interna significa segurança jurídica e “Estado de direito”.

A partir desse prisma, de ampliação do conceito de segurança pública, pode e deve estar inclusa a tutela e a busca de efetivação de todos os direitos humanos, ou seja, direitos sociais referentes à cultura e à economia. Por esse viés, segundo uma parcela da doutrina

¹⁰⁷⁷ SOARES, 2006, p. 110.

¹⁰⁷⁸ SABADELL, 2003, p. 5-6.

alemã, são abarcados na ideia de segurança pública os direitos à alimentação, à educação, à saúde, à segurança trabalhista, ambiental e financeira.

Assim pensa parcela da doutrina alemã, muito embora a Alemanha, na sua Lei Fundamental (*Grundgesetz*), não tenha inserido em seu texto a segurança em suas diversas searas. Entretanto, outras nações o fizeram, como por exemplo, o Brasil, no artigo 144 da CF/88.¹⁰⁷⁹

A Carta Magna germânica, quando trata da segurança interna, diz que os Direitos Humanos são invioláveis e inalienáveis, estabelecendo um sistema de proteção da “ordem fundamental, liberal e democrática”. Os conceitos de segurança externa e interna estão regulados na norma infraconstitucional. A Constituição alemã expressa que a República Federal Alemã é um “Estado Social”, no qual a liberdade e democracia são valores supremos e que a efetivação dos direitos sociais (não explícitos no texto constitucional) é de competência do Estado. Dessa forma, no Direito alemão, a justiça social torna-se a base e o objetivo da segurança interna.¹⁰⁸⁰

A respeito dessa revolução do conceito de segurança pública, Sabadell¹⁰⁸¹ afirma:

Disso resulta um amplo conceito de segurança pública, que não se esgota na reivindicação de um “direito à segurança” da liberdade e do patrimônio, mas considera necessário garantir a *segurança dos direitos fundamentais*, ou seja, empenha-se para encontrar os caminhos jurídicos e políticos que permitirão a efetivação de todos os direitos garantidos nas constituições, nos tratados e nas declarações internacionais. Assim como o cidadão que padece de agressões em sua liberdade de ir e vir precisa de uma rápida e efetiva intervenção estatal, os titulares de direitos coletivos e sociais também necessitam de respostas urgentes às suas demandas.

Mas essa nova visão ampliada do conceito de “segurança pública”, como proposta de garantia de todos os direitos fundamentais, adotada até pelos críticos do sistema penal e do aparelho repressivo estatal, não passa em branco e sem críticas. Pode-se ver nela um mascaramento dos objetivos de incremento do aparelho de repressão penal operado pelas elites dominantes, sob um discurso de proteção de direitos.

Não obstante as relações de poder social devam ser consideradas no assunto, temos de partir do pressuposto que o Direito se pauta pelo *dever-ser*. Portanto, teleologicamente, a ideia é que o Estado de Direito seja protetor de direitos, e não violador, como já frisamos. Nesse sentido, Feldens¹⁰⁸² afirma isto:

¹⁰⁷⁹ SABADELL, 2003, p. 7-8

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 7

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 8

¹⁰⁸² FELDENS; SCHMIDT, 2005b, p. 152-3.

Trata-se, em realidade, de encarar os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva constitucionalmente orientada de *dupla face*. Ao tempo em que a Constituição contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo em frente ao Estado, de forma a coibir o arbítrio, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais – como, de resto, os de natureza social – para que se façam efetivados, não se bastam com a mera inação estatal, senão que devem ser protegidos também em face de ataques de terceiros (particulares), a Constituição pressupõe – e impõe – uma ação estatal na defesa desses valores fundamentais. Sob tais circunstâncias, o Estado passa de inimigo a *auxiliar* no desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Desse modo, pensamos que não se pode ideologizar o tema da segurança pública, nem interpretá-la com uma visão radical e extremista, pois o sistema de segurança pública é sim um sistema de garantia de todos os direitos humanos – de todas as pessoas.

Conforme Silva¹⁰⁸³, o que se deve buscar é um ponto de controle da violência, abstraindo-se questões ideológicas do tema:

Não é necessário muito esforço para se compreender que não será com extremismos ideológicos que se obterão resultados satisfatórios na luta contra o crime e a violência. O que se deve buscar é um elenco de medidas úteis, tendentes a confinar a criminalidade dentro de um patamar preestabelecido como objetivo atingível, e que esse patamar seja considerado aceitável pelas autoridades públicas e seja suficientemente baixo para não despertar o medo generalizado no seio da população.

Entendemos que a proposição de ampliação da definição do que se entende por segurança pública é importante e, certamente, demonstra a evolução do pensamento democrático da sociedade. Também é sinal de inclusão social, pois à medida que grupos excluídos passam a ter voz e a intervir no cenário social e político, podem pleitear a tutela de seus direitos antes não reconhecidos. Isso pode se dar inclusive na seara penal, caso seja necessário.

No caso do Brasil, verifica-se que, após a Constituição de 1988, surgiram várias legislações que tutelam direitos sociais em geral. Também passaram a ser tutelados os direitos de grupos discriminados ou excluídos, bem como os denominados direitos coletivos, difusos e transindividuais, os quais passam por essa ampliação do conceito de segurança pública. Nessa perspectiva, podemos citar a tutela penal de questões de gênero, de etnia, relativa ao meio ambiente, das crianças e adolescentes, dos idosos, do consumidor e de outros.¹⁰⁸⁴

Esses exemplos de avanço da tutela penal, a despeito de críticas pertinentes relativas a apenamento e tipificação de delitos exagerados, apresentam aspectos positivos. Eles tutelam

¹⁰⁸³ SILVA, 1996, p. 16-22.

¹⁰⁸⁴ FELDENS; SCHMIDT, 2005b, p. 54.

de direitos fundamentais de segmentos débeis e marginalizados da sociedade, bem como, de certo modo, balizam a democratização do acesso à justiça.

4.4.3 A polícia e os direitos humanos no estado republicano

A história demonstra que a maioria das catástrofes que acometeram a humanidade foram resultado da ignorância, do preconceito e da intolerância ou da soma desses fatores. Sem dúvida, muitos dos problemas que hoje enfrentamos no Brasil, na temática da segurança pública, decorrem da maneira como a sociedade vê a polícia, e como ela própria se vê.

É de se lamentar que na atualidade, em pleno século XXI, a constatação de que chefes dos Poderes da República – Executivo, Judiciário e Legislativo –, secretários e ministros de Estado, juízes e autoridades públicas e até mesmo docentes e membros da academia, demonstrem desconhecimento ou ignorância sobre o tema.¹⁰⁸⁵

Conforme Moraes¹⁰⁸⁶, é preocupante o fato de que essas autoridades e estudiosos, não raras vezes, ainda confundam ou parecem confundir proteção privada com segurança pública. Ou então, guarda-costas, brutamontes e arsenais ambulantes com policiais e que tenham a visão de que a polícia existe para servir governantes e não a sociedade e a cidadania. Nesse sentido, ele afirma que:

Com acerto, escreveu o Professor Fernand Cathala, da Faculdade de Direito de Toulouse, na França, em sua obra “Polícia, Mito e Realidade” (“*Cette Police si Décrite*”), tradução do Dr. João Milanez da Cunha Lima, pela Editora Mestre Jou, SP, 1975: “ A polícia é um organismo muito mal conhecido, no sentido de que se ignoram, geralmente, a exata natureza de sua missão, suas possibilidades reais de ação e a extrema dificuldade em desempenhá-la.

Essa equívoca percepção do papel e da função da polícia não é despropositada, pois ela também tem seus fundamentos históricos políticos. Não podemos esquecer os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado moderno, ou seja, ele é liberal burguês.

¹⁰⁸⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana; MARCHESE DI, 1738-1794. **Questões criminais**. Tradução: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2006, p. 25-6. Como se verifica nas afirmações do autor *Sobre a Polícia*, em 1790, já se apontava a falta de conhecimento dos políticos, por exemplo, a respeito da função policial: “[...] Do que foi dito, dever-se-ia depreender a na comprovação do que foi assumido pelos deputados dos públicos, que demonstraram não estar informados nem da organização dos departamentos de polícia, nem de suas instruções, nem do método de procedimento dos mesmos, e menos ainda dos fatos que pretendem precisar, e que os próprios departamentos são sem dúvida úteis ao público [...]”.

¹⁰⁸⁶ MORAES, 1996, p. 11.

Embora a burguesia tenha sido revolucionária, pois ela lutou contra a opressão do absolutismo, uma vez no poder, no poder tinha de se manter. E se a burguesia representava o capital - o patrimônio - e o seu poder estava vinculado a ele, quem eram os adversários ou inimigos a sua ordem estabelecida, além dos monarquistas, eram os pobres.

Mas e qual é a ligação da formação do Estado moderno com a imagem equivocada que se tem do papel da polícia? Segundo Dallari¹⁰⁸⁷, isso tudo tem muito a ver com a atividade policial:

Porque a concepção do século XIX foi que a Polícia era um órgão de defesa da liberdade, mas da liberdade do rico, da liberdade de quem tinha patrimônio. [...] Associou-se muito esta ideia com a da Polícia, primeiro, como repressora e, segundo, como um órgão que vai agir contra os pobres, que vai agir no submundo da sociedade, numa sociedade considerada marginal, sem importância social, secundária. A Polícia era coisa para usar contra pobre. Por que é que precisa ser boa? Para isso qualquer coisa serve. O importante é que ela reprima. Dessa maneira se caminhou no século XIX, se chegou ao século XX com uma série de distorções, alimentando preconceitos. Só muito recentemente tudo isso começou a ser repensado.

Dáí temos a noção generalizada e aplicada de que a polícia existe para a defesa do Estado e do *status quo*, da ordem estabelecida em benefício da elite, e não dos direitos fundamentais de todos. Mas essa ideia há de ser alterada.

4.4.3.1 Direitos humanos e atividade policial

Neste momento não trabalharemos conceituações sobre polícia, as quais foram tratadas no capítulo referente aos modelos de investigação preliminar. Apenas analisaremos sua relação com os Direitos Humanos, inclusive com a Segurança Pública.

Em nosso país, historicamente, há uma desvinculação entre as questões referentes aos Direitos Humanos, Segurança Pública e Polícia, especialmente em relação à Polícia Judiciária na sua tarefa primordial de apuração dos delitos. A segurança pública e a polícia não são encarados como instrumentos de garantia dos primeiros e do Estado Democrático de Direito.

É de conhecimento público, fato histórico, que não só inexistente intercomunicação entre tais temas, mas também, pelo contrário, na verdade são tidos como antagônicos. É possível que tal circunstância decorra da utilização do Sistema de Segurança Pública, notadamente a Polícia Judiciária, nos momentos de ruptura da ordem democrática, como nos famigerados

¹⁰⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. A polícia e as garantias de liberdade. In: **O papel da polícia no regime democrático**/Bismael B. Moraes (Coord.) São Paulo: MAGEART, 1996, p. 36-60

DOPS, DOI CODI etc., como meio de perseguição política e *longa manus* do *status quo* antidemocrático, para a manutenção do poder.¹⁰⁸⁸

Nesse diapasão, Lafer¹⁰⁸⁹ aponta o totalitarismo, mais uma vez, como precursor na distorção das funções da polícia e conseqüente formação da sua imagem negativa, diante dos Direitos Humanos e da sociedade:

A situação dos apátridas reforçou de maneira inédita, na Europa Ocidental, o papel da polícia, pois o Estado transferiu a ela o problema daqueles que não tinham vínculo de nacionalidade com a ordem jurídica interna e internacional. Nessa esfera, a polícia deixou de ser teoricamente um instrumento da lei voltada para a preservação da paz pública; a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade; à prevenção e investigação de crimes; e a detenção de criminosos. Transformou-se num poder independente de governos e ministérios, cuja autonomia crescia na proporção direta do influxo de refugiados. Daí a tendência da transformação do Estado de Direito num Estado policial, bastando mencionar, para se sentir o peso da afirmação de Hannah Arendt, que na França, antes da II Guerra Mundial, 10% da população total era constituída de refugiados – pessoas sem Estado. Outra conseqüência do número crescente de apátridas, tanto nos países totalitários, quanto nos não totalitários, foi o inter-relacionamento transnacional das polícias, o que conduziu, nesta área, a uma política internacional independente da orientação dos governos e de cunho nitidamente policialesco. Criou-se, em outras palavras, no espaço interestatal europeu “uma forma de ilegalidade, organizada pela polícia, que praticamente resultou na coordenação do mundo livre com a legislação dos países totalitários”.

Segundo Ballestreri, durante muitos anos o tema “Direitos Humanos” foi considerado antagônico ao de Segurança Pública. Isso, conforme ele, é produto do autoritarismo vigente no país entre 1964 e 1984 e da manipulação, por ele, dos aparelhos policiais, esse velho paradigma maniqueísta cindiu a sociedade e a polícia, como se a última não fizesse parte da primeira.¹⁰⁹⁰

Para a parcela progressista da sociedade, a polícia é afeta à repressão antidemocrática, à truculência, ao conservadorismo. Para a polícia, os ativistas dos direitos humanos, como filiados à esquerda, são defensores de bandidos e da impunidade.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁸ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrina de segurança nacional e produção de subjetividade. In: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). **Clínica e política**: subjetividade e violação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia/TeCorá, 2002, p. 33.

¹⁰⁸⁹ LAFER, 1988, p. 149.

¹⁰⁹⁰ BALLESTRERI, Ricardo Brisolla. **Direitos humanos**: coisa de polícia. 15.ed. Passo Fundo: CAPEC – Pater, 1998, p. 15- 31.

¹⁰⁹¹ BATISTA, 1990, p. 158. O autor traduz muito bem essa ideia da seguinte forma: “Muitas pessoas, principalmente se já foram ou tiveram amigos ou parentes atingidos pela violência, costumam dizer: “Essa estória de direitos humanos é uma piada; bandido tem mesmo é que morrer”. Na maior parte das vezes, quem diz isso escutou antes algo parecido, e às vezes da boca de um policial. Essas palavras, que agora repete, o tocaram, parecendo-lhe mensagem de solidariedade e conforto”.

Sobre o tema dos Direitos Humanos e a ação da polícia, Silva¹⁰⁹² observa que:

A universal polêmica em torno dos direitos humanos traz sempre à tona a questão do seu favorecimento a malfeitores. Às vezes, a indignação pública com esse favorecimento faz sentido porque, não raro, tem-se a impressão de que criminosos contumazes se valem desses direitos para até mesmo debochar da população ordeira. Tal sentimento é coerente com a ideia geral de que os direitos humanos devessem favorecer apenas as pessoas de bem. Dentro desse raciocínio, seriam excluídos dessa proteção os criminosos sabidos, que, para efeito dessas garantias, não poderiam ser considerados cidadãos. Esta, todavia, é uma divisão maniqueísta que não resolve o problema. Os infratores da lei são passíveis de terem podados alguns direitos, mas não todos, sem falar da necessidade de que se lhes reconheça a condição humana, de nada adiantando o argumento de que eles não respeitam a condição humana.

Em meio a esse embate de opiniões, as entidades ligadas aos Direitos Humanos continuam a denunciar que, por exemplo, em relação à tortura, que esta ainda é um “método de investigação” muito utilizado no Brasil, apesar de ser proibida pela Constituição e pela lei 9.455/97.¹⁰⁹³ Denunciam, também, que se verifica uma convivência estrutural com a tortura, estimulada pelo próprio Estado. Mesmo em um sistema democrático, a tortura permaneceria como instrumento comum de obtenção de confissão.¹⁰⁹⁴

Quanto a isso, observa-se que a crise no sistema policial estimula a tortura como método de investigação e de imposição de disciplina. Embora tal fato não justifique condutas violadoras de Direitos Humanos dos policiais, parece-nos evidente que a sobrecarga de trabalho, somada à exigência social e da mídia sensacionalista no sentido de que as investigações produzam resultados, fomentem a atuação ilegal das polícias.

Tais circunstâncias podem gerar pressões sobre os policiais, levando aqueles que não tenham uma formação e vivência adequada com os ideários humanistas a utilizarem a tortura

¹⁰⁹² SILVA, 1996, p. 68.

¹⁰⁹³ MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. *In: Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar.* LYRA, Rubens Pinto (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002, p. 166-168. Segundo o autor, a tortura foi inserida no Brasil mormente como método de dominação dos escravos e índios, os quais eram utilizados como mão de obra na colônia. Depois ela foi introduzida no aparato repressivo do Estado, mormente como meio de obter confissões contra “subversivos”, perdurando até nossos dias. Conforme o autor: “[...] Privações, açoites, mutilações, palmatoadas, humilhações diversas foram práticas comuns nas casas e fazendas dos senhores donos de escravos durante toda a vida da colônia. [...] Método de terror luso-brasileiro, e mais tarde autenticamente nacional, brasileiro, o choque do bárbaro arbítrio do senhor – visando demonstrar ao recém-chegado seu estatuto subumano – voltou a ser praticado durante a ditadura de 1964-1985. Instruídos pela longa experiência escravocrata, os torturadores do DOI-CODI e Operação Bandeirante também faziam usos repentinos da surra, à entrada das delegacias e das casernas, para desumanizar e aterrorizar os suspeitos de “subversão”. [...] Hoje não se fala mais em prática de tortura por delitos de opinião ou crimes políticos. Mas a tortura vem sendo permanentemente denunciada como sendo prática ainda utilizada em larga escala pelas polícias militares e civis, em situações corriqueiras e fatos do cotidiano”.

¹⁰⁹⁴ CARVALHO, 2000, p. 51.

como “método” de investigação, com o objetivo de obter confissões para solucionar os casos.¹⁰⁹⁵

Nesse sentido, Maia¹⁰⁹⁶ faz sugestões para superação da “cultura da tortura” no Brasil:

Não há solução fácil, mas a interpretação jurisprudencial que fortaleça a luta contra a impunidade, bem assim a adoção dos mecanismos de prevenção, são esforços plenamente realizáveis. Mas um caminho necessário aponta no sentido de que é preciso investir fortemente na capacitação das nossas polícias. É preciso que os policiais voltem a gozar de prestígio e respeito junto à comunidade, pelo bem que fazem e podem fazer, e deixem de ser temidos pelo mal que podem causar. É preciso treinamento, capacitação, política salarial justa, acompanhamento psicológico, para que os policiais possam estar à altura das elevadas funções que lhes são confiadas.

É relevante deixar bem claro que na vigente opção constitucional pela democracia - e paradigma constitucional de investigação criminal - os beneficiários dos serviços da polícia serão os cidadãos plenos, os quais deverão ser protegidos da ação dos delinquentes reais, tanto os violentos, como os de colarinho branco.

Por outro lado, importa registrar que houve claramente uma demora na adequação dos serviços de segurança pública ao Estado de Direito. Isso aconteceu em decorrência do descaso com que o tema foi tratado no país, a partir da redemocratização, conforme afirma Soares¹⁰⁹⁷:

Esqueceram a segurança. Impressionante o que aconteceu. O país atravessou a estrada sinuosa que nos conduziu da ditadura à democracia. A transição foi consagrada na Constituição de 1988. E todas as instituições se adaptaram às novas condições. Quase todas. As polícias e as prisões ficaram à margem do processo. Hoje pagamos o preço por nossa negligência coletiva. Interessante: esse esquecimento não é exclusividade brasileira. Ocorreu de forma semelhante na África do Sul, na Rússia e, de um modo geral, nos países da Europa do Leste que se democratizaram nos anos 1990.

Para adequar-se ao Estado Democrático de Direito, a ação da polícia deverá pautar-se por noções de proteção, ajuda e respeito aos cidadãos, que são os destinatários da sua atividade profissional. Fator relevante para que isso se torne realidade é a necessidade de as

¹⁰⁹⁵ KOLKER, 2002, p. 43. Sobre a situação das policiais na atualidade, a autora afirma que: “[...] Nosso modelo de segurança pública ainda é militarizado, repressivo e discriminatório; a Polícia Militar permanece subordinada ao Exército e continua a ser formada no espírito da Lei de Segurança Nacional; além do quê, os crimes militares ainda são julgados pela Justiça Militar. *Por outro lado, em plena era da genética, quando boa parte dos crimes poderiam ser solucionados através de testes de DNA, nossa Polícia Civil, ainda responsável pelos inquéritos criminais, é mantida sem condições técnicas e materiais para atuar cientificamente e continua a utilizar a tortura como método para a obtenção de confissões.*” Grifos nossos.

¹⁰⁹⁶ MAIA, 2002, p. 201.

¹⁰⁹⁷ SOARES, 2006, p. 111. O autor aponta como um dos motivos desse descaso a ideologização da segurança pública em face do período da Guerra Fria. Por diferentes motivos, a direita não queria mudar nada e a esquerda tinha aversão à polícia, pois para eles ela não servia para nada.

elites aceitarem que os marginalizados socialmente - os habitantes das favelas e periferias - também são cidadãos no pleno gozo de seus direitos, circunstância que em uma organização social como a do Brasil é um elemento complicador a ser considerado.¹⁰⁹⁸

Sobre a importância da polícia para a democracia e os Direitos Humanos, discorre Soares¹⁰⁹⁹:

[...] trata-se de instrumento fundamental à democracia, ao Estado Democrático de Direito, cuja missão elementar e permanente é garantir direitos e liberdades, zelando pela vigência das leis (deve zelar por tal vigência, evidentemente, respeitando a estas mesmas leis e os direitos humanos, conforme consignados na Declaração Universal, de que o Brasil é signatário e que não colide, com contrário, com nossa Constituição).

Nesse diapasão, Ballestreri acredita que o policial pode, facilmente, tornar-se, ao invés de violador, um promotor de Direitos Humanos, o que é, afinal, sua função legal. Para que isso ocorra, são necessárias algumas medidas de ambos os lados - dos policiais e dos ativistas de direitos humanos. Essas ações vão desde a qualificação dos primeiros nessa temática, privilegiando a formação humanística, até a melhoria da autoestima desse profissional, o qual ele qualifica como potencial “Pedagogo da Cidadania”.¹¹⁰⁰

Em virtude de suas experiências de quase uma década no campo da educação para os Direitos Humanos, na polícia, Ballestreri traz a cidadania como dimensão primeira. O policial é, antes de tudo, um cidadão e na cidadania deve nutrir sua razão de ser. Irmanam-se, assim, todos os membros da comunidade em direito e deveres. Sua condição de cidadania é, portanto, condição primeira, tornando-se bizarra qualquer reflexão fundada sobre suposta dualidade ou antagonismo entre uma “sociedade civil” e outra “sociedade policial”.¹¹⁰¹

O modelo norte-americano de profissionalismo policial apresenta muitas vantagens, mas um dos problemas nele apontado é o afastamento do agente da lei da sociedade. Conforme Dias Neto¹¹⁰²:

¹⁰⁹⁸ SILVA, 1996, p. 69.

¹⁰⁹⁹ SOARES, 2006, p. 151.

¹¹⁰⁰ BALLESTRERI, 1998, p. 19.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² DIAS NETO, 2003, p. 15-3. Nesse sentido, segundo o autor: “O policiamento comunitário pode contribuir para reduzir tensões, superar estereótipos, ajustar falsas expectativas e promover uma atitude mais cooperativa entre a polícia e comunidade. A aproximação com a sociedade contribui para uma visão policial mais apurada do contexto social, fortalecendo a consciência para a diversidade cultural, fator crucial no relacionamento com as minorias”.

O modelo profissional influenciou negativamente no relacionamento entre a polícia e sociedade. A excessiva ênfase colocada na busca de eficiência operacional e administrativa acabou obstruindo os canais de influência social sobre as decisões policiais. Objetivando padronizar os serviços policiais e conter ingerências indevidas, o modelo profissional acabou tornando a polícia inacessível às demandas políticas próprias do jogo democrático.

Vale lembrar que o policial como agente de segurança pública é um cidadão qualificado: emblematiza o Estado em seu contato mais imediato com a população. É a autoridade mais comumente encontrada. Tem a missão de ser uma espécie de “porta-voz” popular do conjunto de autoridades das diversas áreas do poder. Além disso, porta a singular permissão para o uso de força e das armas, no âmbito da lei, o que lhe confere natural e destacada autoridade para a construção social ou para a sua devastação.¹¹⁰³

O policial, segundo Ballestreri, é um pedagogo da cidadania. Existe uma dimensão pedagógica no agir policial que, como em outras profissões de suporte público, antecede as próprias especificidades de sua especialidade. No passado, esse papel estava reservado unicamente aos pais, professores e especialistas em educação. Hoje é preciso incluir com primazia no rol pedagógico também outras profissões irrecusavelmente formadoras de opinião: médicos, advogados, jornalistas e policiais, por exemplo. Esse conjunto de profissionais é um pleno e legítimo educador.¹¹⁰⁴

Deve-se, por outro lado, dar especial relevância à questão da importância da auto-estima pessoal e institucional. O reconhecimento dessa “dimensão pedagógica” é, seguramente, o caminho mais rápido e eficaz para a reconquista da abalada autoestima policial. Os vínculos de respeito e solidariedade só podem constituir-se sobre uma boa base de autoestima.

A experiência primária do “querer-se bem” é fundamental para possibilitar o conhecimento de como chegar a “querer bem o outro”. É fundamental que o cidadão policial se sinta motivado e orgulhoso de sua profissão. Só respeita o outro aquele que se dá respeito a si mesmo, conforme observa Soares¹¹⁰⁵:

Os profissionais da segurança pública merecem valorização e acompanhamento crítico sistemático e rigoroso. É preciso ampliar as oportunidades de sua qualificação e de reforço da autoestima. O maior obstáculo à corrupção é o orgulho profissional.

¹¹⁰³ ATHAYDE, Celso M. V. Bill; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 264.

¹¹⁰⁴ BALLESTRERI, 1998, p. 22.

¹¹⁰⁵ SOARES, 2006, p. 138.

A polícia, no imaginário coletivo, apresenta-se com uma espécie de “superego” social. Portanto essa “dimensão pedagógica”, evidentemente, não se confunde com “dimensão demagógica”. Isso não exime a polícia de sua função técnica de intervir preventivamente no cotidiano e, repressivamente, em momentos de crise, uma vez que democracia alguma se sustenta sem a contenção do crime.

Assim como nas famílias é preciso, em “ocasiões extremas”, que o adulto sustente, sem vacilar, limites que possam balizar moralmente a conduta de crianças e jovens, também em nível macro é necessário que alguma instituição se encarregue da contenção da sociopatia. A polícia é, portanto, uma espécie de superego social indispensável em culturas urbanas, complexas e de interesses conflitantes. É ela instrumento de contenção do óbvio caos a que estaríamos expostos na absurda hipótese de sua inexistência. Possivelmente por isso, não se conheça nenhuma sociedade contemporânea que não tenha assentamento, entre outros, no poder da polícia.

No trabalho policial, é importante o ajuste entre dois elementos: rigor “versus” violência. O uso legítimo da força não se confunde, contudo, com truculência. A fronteira entre a força e a violência é delimitada, no campo formal, pela lei, no campo racional, pela necessidade técnica, e no campo moral, pelo antagonismo que deve reger a metodologia de policiais e criminosos.

Mas para que haja o reconhecimento devido, a atividade policial deve se diferenciar da atuação do delinquente: policial “*versus*” criminoso, pois suas metodologias devem ser antagônicas. Dessa forma, mesmo ao reprimir, o policial oferece uma visualização pedagógica, ao antagonizar-se com os procedimentos do crime. Em termos de inconsciente coletivo, o policial exerce função educativa e arquetípica.

Dentre outros aspectos que os serviços policiais devem oferecer à sociedade civil, no Estado Democrático de Direito, Batista¹¹⁰⁶ destaca o modo de atuar nos limites da lei:

Em quarto lugar, o serviço policial deve ser *legal*. Combater o crime com os métodos do crime é uma espiral sem saída. Quando da reforma do Código de Processo Penal, dever-se-ia proibir o interrogatório durante o inquérito policial, porque a prática da investigação calcada sobre a confissão é a origem dos maus-tratos e da tortura. Neste sentido, o desenvolvimento da polícia técnica, modernizando os padrões investigatórios, reflete-se antes na *legalidade* do que na eficácia dos serviços policiais. Na vertente da observância estrita da lei, o aspecto policial apenas glosa a difícil afirmação da cidadania no Brasil.

¹¹⁰⁶ BATISTA, 1990, p. 174.

O policial deve ser “o mocinho” com procedimentos e atitudes coerentes com a “firmeza moralmente reta”, oposta radicalmente aos desvios perversos do outro arquétipo que se lhe contrapõe: o bandido. Ao policial, portanto, não cabe ser cruel com os cruéis, vingativo contra os antissociais, hediondo com os hediondos. Não se ensina respeitar desrespeitando.¹¹⁰⁷

Além disso, é preciso não se esquecer da “visibilidade moral” da polícia: importância do exemplo. Essa dimensão pedagógica que o policial carrega, irrecusavelmente é marcante na vida da população. À polícia recorre-se, como regra, em horas de fragilidade emocional, que deixam os indivíduos ou a comunidade fortemente “aberta” ao impacto psicológico e moral da ação realizada.

Uma intervenção incorreta causa marcas traumáticas por anos ou até pela vida inteira. Por outro lado, o “bom policial” será sempre lembrado com satisfação e conforto. A violência desequilibra e desumaniza o sujeito, não importa com que fins seja cometida, e não se restringe a áreas isoladas, mas, fatalmente, acaba por dominar-lhe toda a conduta.

Na atividade policial dirigida à tutela de Direitos Humanos, não podemos nos esquecer da ética. Mas não nos referimos à “ética” corporativa e sim à ética cidadã. Essa consciência da autoimportância obriga o policial a abdicar de qualquer lógica corporativista. Ter identidade com a polícia, amar a corporação da qual participa, são coisas desejáveis, mas isso não se pode confundir, em momento algum, com acobertar práticas abomináveis.

Exige-se do policial zelo pela “limpeza” da instituição da qual participa. Um verdadeiro policial, ciente de seu valor social, será o primeiro interessado no “expurgo” dos maus profissionais, dos corruptos, dos torturadores, dos psicopatas. O acobertamento de práticas espúrias demonstra o mais absoluto desprezo pelas instituições policiais. Os policiais devem ser os primeiros a prontamente atacar o crime inscrito no Estado.¹¹⁰⁸

Outro aspecto importante trazido por Ballestreri diz respeito aos critérios de seleção, permanência e acompanhamento dos policiais. Essa preocupação deve crescer à medida que tenhamos clara a preferência da psicopatia pelas profissões de poder. Política profissional, Forças Armadas, Comunicação Social, Direito, Medicina, Magistério e Polícia são algumas das profissões de encantada predileção para os psicopatas, sempre em busca do exercício livre e sem culpas de seu poder sobre outrem.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ BALLESTRERI, 1998, p. 30

¹¹⁰⁸ SOARES, 2006, p. 137. Segundo o autor: “O Estado é criminoso quando descumpra a lei e o faz quando não aplica a LEP (Lei de Execuções Penais), quando desrespeita o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), quando não assume as responsabilidades de controlar a corrupção, a tortura e as execuções perpetradas pelos agentes da lei, quando não promove as reformas organizacionais indispensáveis para que as polícias se tornem entidades racionais, passíveis de gestão e capazes de cumprir seu mandato constitucional”.

¹¹⁰⁹ BALLESTRERI, *op. cit.*, p. 30-31.

Não podemos nos esquecer de um detalhe muito importante, quanto se quer uma polícia que não só respeite os Direitos Humanos, mas que os promova: quem cuida da polícia? Os governos, de maneira geral, estruturam pobremente os serviços de atendimento psicológico aos policiais e aproveitam muito mal os policiais diplomados nas áreas de saúde mental.

E os direitos humanos dos policiais: humilhação “versus” hierarquia. O equilíbrio psicológico, tão indispensável na ação da polícia, passa, também, pela saúde emocional da própria instituição. Mesmo que isso não se justifique, sabemos que policiais maltratados internamente tendem a descontar sua agressividade no cidadão. Evidentemente, a polícia não funciona sem hierarquia. Há, contudo, clara distinção entre hierarquia e humilhação, entre ordem e perversidade. O respeito aos superiores não pode ser imposto na base da humilhação e do medo. Não pode haver respeito unilateral. Não pode haver respeito sem admiração.¹¹¹⁰

Por outro lado, é evidente a necessidade de hierarquia e da disciplina na atividade policial. Isso porque o extremo oposto, a debilidade hierárquica, é também um mal. A falta de hierarquia e disciplina, pode passar uma imagem de descaso e desordem no serviço público, além de enredar na malha confusa da burocracia toda a prática policial.

Do mesmo modo, como já se mencionou, um dos problemas existentes hoje no Brasil é a falta de uma Lei Orgânica Nacional para a polícia civil, por exemplo. Essa carência pode propiciar um desvio fragmentador dessa instituição, amparando uma tendência de definição de conduta, em alguns casos, pela mera junção, em “colcha de retalhos”, do conjunto das práticas de suas delegacias. O amparo legal levaria a uma melhor organização da polícia civil e consequente melhoria do serviço prestado à sociedade.¹¹¹¹

Outra medida que auxiliaria a melhoria do serviço policial e maior adequação ao propósito do Estado Democrático, no sentido maior de tutela aos direitos fundamentais, seria dotar a polícia civil de autonomia financeira e administrativa – com orçamento próprio destinado em lei. Também contribuiria para a melhoria dos serviços de polícia judiciária a implementação do pleito dos policiais civis, no sentido da indicação do chefe de polícia (Delegado-geral), por eleição interna, em lista tríplice para escolha do chefe do Poder Executivo. Essa medida blindaria a instituição contra ingerências políticas externas.¹¹¹²

¹¹¹⁰ SOARES, 2006, p. 138. Segundo o autor: “Exemplos do que se pode fazer, nessa direção, é a mudança do regimento disciplinar da PM, que é obsoleto, draconiano e míope, isto é, severíssimo com falhas administrativas e leniente com crimes fora dos batalhões”.

¹¹¹¹ Também, conforme já observamos, seria importante o reconhecimento constitucional da Polícia Judiciária, como função essencial à Justiça. Do mesmo modo, a normatização da função de delegado de polícia como carreira jurídica, aos moldes das outras que exigem o curso de Direito e trabalham com a interpretação da lei, em relação aos fatos concretos – juízes, promotores, defensores público e a advocacia pública.

¹¹¹² SOARES, 2006, p. 139. O autor concorda com essa última proposta. Entretanto pondera que há necessidade que a polícia civil esteja mais organizada e tenha uma gestão mais racional.

Em relação a políticas públicas dirigidas ao controle da violência e criminalidade na área social, Boschi¹¹¹³ observa o seguinte:

Essas políticas associadas à melhor organização das polícias civil e militar, ao planejamento estratégico, à inteligência, ao preenchimento dos claros nos quadros do serviço público, enfim, à melhoria das condições de trabalho sob os mais variados aspectos, serão as que otimizarão os serviços estatais na área da segurança e ensejarão as condições ideais para a que todos nós possamos acreditar que podemos ganhar a guerra contra a criminalidade e a violência.

Nessa mesma direção, Ballestreri cita a formação dos policiais como fator relevante para que esses profissionais não só respeitem os Direitos Humanos, como os promovam. Nesse sentido, a superação dos desvios arbitrários da polícia poderia se dar, ao menos em parte, pelo estabelecimento de um “núcleo comum”, de conteúdos e metodologias na formação de ambas as polícias. Esse núcleo deve privilegiar a formação do juízo moral, as ciências humanísticas e a tecnologia como contraponto de eficácia à incompetência de força bruta.¹¹¹⁴

Modelos dessa espécie, com formação aprimorada e ênfase ao profissionalismo do policial, deram bons resultados no sistema norte-americano, conforme observa Dias Neto¹¹¹⁵:

Uma das significativas contribuições do modelo profissional foi o reconhecimento da função policial como uma atividade que exige conhecimentos técnicos e experiência. A formação profissional mereceu, neste sentido, especial destaque na agenda de reformas. Foram instituídas as escolas de polícia, onde os futuros membros da organização seriam municiados com os valores, os conhecimentos e as aptidões exigidos para a atividade policial. Também muito se investiu na definição de critérios técnicos de avaliação de desempenho. [...] Mais além, ao definir indicadores de medição de desempenho, a polícia definiu os termos de sua controlabilidade, ou seja, os critérios a partir dos quais suas ações deveriam ser julgadas pela sociedade.

Aqui no Rio Grande do Sul isso já ocorre há algum tempo na Polícia Civil, por exemplo, com relação às disciplinas humanistas.¹¹¹⁶ Salienta-se, nesse sentido, que esses conteúdos são fundamentais para a geração de policiais que atuem com base na lei e na ordem

¹¹¹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. Violência e criminalidade: perspectivas policiais e políticas. In: **política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

¹¹¹⁴ BALLESTRERI, 1998, p. 31.

¹¹¹⁵ DIAS NETO, 2003, p. 14.

¹¹¹⁶ HAGEN, 2006, p. 128. Conforme a autora, na Estrutura Curricular do Curso de Formação de Delegado de Polícia, de 2004, da Academia da Polícia Civil do Rio Grande do Sul, estão previstas as disciplinas de Direitos Humanos e Sociologia da Violência.

hierárquica, mas também na autonomia moral e intelectual.¹¹¹⁷ No entanto, constata-se que não há critérios objetivos de avaliação de desempenho ou de controle, em nível de metodologia institucional.

Ao consultar Dallari, vê-se que este e Ballestreri, de certo modo, convergem suas propostas sobre o papel da polícia na atualidade. Dallari diz que a polícia é um órgão de *governo da sociedade*, tendo por objetivos prevenir conflitos, exercer vigilância, prestar auxílio à população em situações emergenciais e reprimir ações antissociais que prejudiquem ou ponham em risco iminente os direitos fundamentais das pessoas ou a própria ordem social.¹¹¹⁸

Conforme Dallari¹¹¹⁹, a polícia é garantidora de liberdade, não o contrário, vejamos:

Aqui eu quero fazer uma ressalva e uma crítica a certas colocações teóricas, que são muito comuns, especialmente em autores de Direito Administrativo, que dizem isto: “Ação de polícia é uma restrição à liberdade, em favor da pessoa ou dos bens”. Eu recuso esta colocação. Acho que a polícia não é *restrição à liberdade*. Quer dizer: numa sociedade democrática, de um direito autêntico, a ação básica da polícia é a proteção da liberdade. A existência de regras não é perda da liberdade; bem ao contrário disso, é base da liberdade; mas é a liberdade de pessoas que convivem.

A partir dessas perspectivas, podemos construir uma concepção da polícia como uma instituição positiva. Não é negativa no sentido de ser somente repressiva, de ser a instituição que vai tirar a liberdade das pessoas, conforme é a interpretação de parte da sociedade e de alguns juristas.

O almejado da polícia, pela sociedade, num Estado Democrático de Direito, é, precisamente, a preservação, o exercício da liberdade por parte de todos os indivíduos, no qual o limite é o direito de outrem e a ordem estabelecida pelo próprio sistema constitucional.

Essa visão sobre o papel da polícia, não podemos negar, é diametralmente inversa daquela que tradicionalmente a sociedade tem, uma vez que muda o destinatário da ação policial. No paradigma constitucional de investigação criminal, decorrente do Estado Democrático de Direito, apresenta-se a polícia com um papel muito mais de proteção de direitos do que simplesmente uma força repressiva.

Então, nessa nova concepção, os destinatários da atividade policial, não da repressão policial, serão os cidadãos e as comunidades. Eles contarão com a polícia para orientação, ajuda e proteção contra os infratores da lei e os mais variados riscos a que estão submetidos

¹¹¹⁷ BALLESTRERI, 1998, p. 31.

¹¹¹⁸ DALLARI, 1996, p. 49-51.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 49.

na atualidade. Assim, procura-se romper com a ideia que até então se tem em relação à polícia, na qual os destinatários das suas atividades são os delinquentes e suspeitos incertos dos delitos.¹¹²⁰

A respeito da complexa relação da polícia e da população favelada nas zonas de tráfico do Rio de Janeiro, Athayde e Soares¹¹²¹ dizem o seguinte:

É preciso aqui redobrar a atenção e tomar cuidado com um equívoco comum: dizer que a polícia é mais temida do que o tráfico, nas favelas, não significa que este seja apreciado pelas comunidades. Pelo contrário, também é temido. Tampouco implica sugerir que a polícia seja odiada, sempre, em qualquer circunstância. De jeito nenhum. Quando os policiais se comportam de modo adequado, agem como respeito aos moradores e demonstram profissionalismo e honestidade na realização de seu trabalho, a comunidade aprova, apoia e, em alguns casos, chega a vibrar com isso e a enaltecer as virtudes da instituição. Não é difícil nem custa caro; basta respeitar os direitos humanos e as leis, estas mesmas leis que cabe à polícia cumprir e fazer cumprir.

Por isso, entendemos que a polícia no regime democrático é uma função pública essencial e fundamental ao regime de liberdades. Ela deve estar a serviço da sociedade e não do próprio Estado ou de governos de ocasião, e muito menos do crime. A polícia é instituição legitimamente vinculada à tutela dos direitos e garantias fundamentais propostos pela Carta Magna e a ordem jurídica.

Importante pontuar que devemos abandonar de vez qualquer visão antagônica entre a polícia e os Direitos Humanos. O discurso da desigualdade social não pode justificar a violência e a insegurança, no sentido de que a sociedade tem de esperar a solução desse problema social. Como já frisamos, a violência e a criminalidade descontroladas podem destruir a própria democracia.¹¹²² Esse também é o ponto de vista de Soares¹¹²³:

¹¹²⁰ SILVA, 1996, p. 291.

¹¹²¹ ATHAYDE; SOARES, 2005, p. 265.

¹¹²² JORNAL ZERO HORA. Polícia. **Um assassinato a cada 12 minutos no país**. Edição publicada no dia 8.12.03. Porto Alegre, 2003, p. 45. Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), publicado nessa reportagem, o Brasil é o campeão mundial em número de homicídios. Ocorreria no país um assassinato a cada 12 minutos. Afirmou o relatório que o país que conta com 13% da população mundial, responde por 13% dos assassinatos. Segundo a mesma reportagem, no Rio de Janeiro, a polícia solucionava apenas 1% dos homicídios, enquanto que nos Estados Unidos este percentual chegava a 70%. No mesmo sentido ETCHICHURY, 2008, p. 4. Segundo a reportagem “Em menos de uma década, Porto Alegre tornou-se mais violenta do que São Paulo e Nova Iorque. Proporcionalmente à população, mata-se mais na Capital do que em duas das principais metrópoles do mundo. No ano passado, 430 pessoas foram assassinadas em Porto Alegre (29,86 para cada grupo de 100 mil, de acordo com a Secretaria da Segurança Pública”. Segundo a mesma reportagem, o Rio Grande do Sul saltou de 1.216 homicídios em 2000 para 1.551, em 2007.

¹¹²³ SOARES, 2006, p. 112.

Mesmo se fossem consequência, os crimes poderiam acabar impedindo nossa vida coletiva em ambiente democrático muito antes que a democracia desse conta de produzir transformações estruturais para que as desigualdades fossem reduzidas a padrões minimamente toleráveis. Quero dizer o seguinte: dona Maria não quer saber se o crime é causa ou consequência; quer é chegar sã e salva, hoje à noite, à sua casa, e quer encontrar seus filhos sãos e salvos. Dona Maria, eu, você e as torcidas do Flamengo e do Corinthians, juntas. Se permitirmos que a barbárie se instale, não haverá futuro algum. Não haverá país nenhum. Nem oportunidade para que se realize nosso sonho comum e feliz de cidade, como diria Caetano Veloso. [...] Crimes são consequência, mas são causa também. Causa de menos crescimento econômico, menos emprego, mais depreciação dos imóveis, pior educação, menor autoestima, mais medo e preconceito contra os pobres, menos participação social no processo democrático, etc..

É isso que se quer da polícia no regime democrático-republicano: respeito aos Direitos Humanos e à legalidade. Mas não é só isso, pois polícia pode e deve ser uma das instituições promotoras dos Direitos Humanos. Se assim a polícia agir, dificilmente a sociedade se colocará contra ela, como acontece em alguns locais do país, hoje.

Uma polícia, e uma investigação criminal, inserida em um paradigma republicano-constitucional, humanizadas, justas, técnicas, inteligentes, garantidoras e promotoras dos direitos dos cidadãos são parte do imaginário coletivo do Brasil. É possível que se alcance este patamar.

Para isso, basta uma mudança de paradigmas, não só nas corporações, mas em todos os segmentos sociais envolvidos com a questão da segurança pública, conforme tentamos demonstrar neste trabalho.¹¹²⁴

¹¹²⁴ ATHAYDE; SOARES, 2005, p. 265.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade com alto grau de risco, como esta em que vivemos, existe uma constante sensação de insegurança e uma espécie de medo generalizado. Nela, as demandas por serviços públicos tendem a aumentar, mormente na área da segurança. Notoriamente, essa busca pela sensação de segurança dará ênfase à presença física e ostensiva do aparato de segurança, em prejuízo da investigação e da inteligência policial.

Trata-se de uma busca quase insana e irracional pela segurança que já não existe mais. Nesse anseio queremos que o direito, particularmente o penal, reconstitua algo que na verdade nunca existiu: um cenário de total segurança e não violência. E isso se reflete também no processo penal e na fase de investigação criminal preliminar.

Na contemporaneidade, verifica-se uma crise dos padrões e modelos estabelecidos. O “novo” vem massificado pela mídia e a internet que operam, via de regra, à velocidade da luz. Sequer o tempo é absoluto. A teoria da relatividade de Einstein relativizou a noção de tempo.

Ainda sob a óptica do paradigma moderno, sentimos que algo está fora de sintonia, fora do rumo. Essa insegurança e incerteza trazem como consequência certo vazio da alma (o nada), uma vontade quase que incontinenti de viver o presente, o gozo do agora, o ritmo social do presente: o presenteísmo, pois nos falta a perspectiva de futuro. Nessa nadificação, interagimos com o tempo e a velocidade das tecnologias (ex.: a realidade virtual).

Nesse contexto, a agressividade e a violência exacerbam-se. Há que se reconhecer que o despertar da violência nos moldes atuais, sem dúvida, está intimamente ligado à crise de paradigma e de valores vividos pela sociedade dos indivíduos.

Tais aspectos trazem consequências na investigação preliminar e no processo penal, aos quais se quer impingir um caráter emergencial, com a busca exacerbada de medidas cautelares – prisões provisórias que antecipam a pena, por exemplo - e “aceleração procedimental”.

O projeto racionalista não alcançou o êxito prometido e entrou em crise. Um dos aspectos é a *crise da legalidade*. Essa crise da legalidade do Estado Social se evidencia pela inflação – expansão - legislativa e na pressão dos interesses de setores e corporações.

Diante dessa crise, no modelo garantista, o Juiz tem, então, um papel que vai além de uma mera sujeição à lei. Cabe-lhe fazer os ajustes necessários nos desníveis entre a democracia política ou formal e a substancial. É uma nova forma de legitimação do poder judicial, bem como da sua independência.

Mas antinomias e lacunas são os possíveis vícios do ordenamento determinados pelos direitos de liberdade e direitos sociais. São o grande mérito do Estado Constitucional de Direito, porque caracterizam que não é Estado Absoluto. Nesse contexto, verifica-se que não existem muitas alternativas para responder a complexidade social fora do Direito e da Razão Jurídica. Pensamos que se refere ao aspecto normativo.

A crise de deslegitimação atinge, também, o discurso dogmático-penal e o próprio sistema penal quando colocado em frente a sua realidade operacional, mormente na América Latina. As ciências sociais demonstraram que a lógica estrutural do sistema penal nas sociedades capitalistas implica a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade).

No caso dos sistemas penais da América Latina, via de regra, há uma expressa renúncia à legalidade. Os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população – mormente sobre a menos abastada.

Ante esse panorama, propõe-se um novo discurso jurídico-penal, com conteúdo ético fornecido por seu objeto geral de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal (direito penal mínimo, garantidor dos direitos humanos fundamentais). No modelo garantista penal os valores estruturais do paradigma garantista são a secularização e a tolerância. A secularização é a separação do direito da moral e foi incorporado na nossa Constituição Federal através do art. 5º, X, IV, VI, VII e IX.

É o arquétipo sistema de direito penal mínimo, no qual a intervenção penal é condicionada e limitada ao máximo. Rejeita-se o poder de punir ilimitado do direito penal máximo dos Estados absolutos ou totalitários, que é inquisitivo e substancialista, quanto ao juízo, e pedagógico em relação à fundamentação da pena.

O processo penal é o instrumento desse sistema de garantias. No contexto do risco e insegurança generalizado, há que se redobrem os cuidados contra os exageros. A legitimidade do processo penal está centrada no que se chama de “respeito às regras do jogo”, as quais distinguem o processo acusatório do inquisitório. Ou seja, o processo tem uma forma legal, na qual estão expressas as garantias do acusado.

Nesse sentido, o processo e a pena são complementares. Essa é a finalidade *instrumental* do processo penal, quanto ao direito penal e a pena, uma vez que o *processo* é a via obrigatória para a imposição da pena. No modelo garantista, a verdade formal ou processual só pode ser alcançada com o respeito das regras. Não há a busca da verdade real.

Essa instrumentalidade ultrapassa o processo penal e assume importante papel também na fase da investigação preliminar. À fase preparatória, aplica-se tanto a

principiologia garantista, quanto a instrumentalidade processual. A investigação preliminar tem o condão de conferir justa causa à possível ação penal (que poderá levar à pena), visando evitar acusações e processos infundados, motivo pelo qual deve se adequar às suas formas do processo penal democrático.

Na fase preparatória, o investigado dispõe de direitos e garantias – defesa, silêncio, contraditório mitigado, não intervenção corporal, etc.. O grande desafio é o fato de que essas garantias precisam ser efetivadas na investigação preliminar. Nesse aspecto, a instrumentalidade processual garantista tem papel fundamental.

Na investigação preliminar criminal, aparentemente temos um antagonismo: repressão x garantias/liberdade. A experiência da ruptura totalitária rompeu todos os parâmetros de arbitrariedades e atrocidades, culminado com o extermínio sistemático de seres humanos, o genocídio. Todavia, por mais discutível que seja essa constatação, tiveram o viés positivo de fazer a humanidade repensar seus conceitos e retomar a pauta da tutela dos Direitos Humanos.

Inegavelmente, a investigação criminal significa uma intromissão do Estado na vida particular do cidadão. Desse modo, essa intervenção estatal nos direitos do cidadão deve ser a estritamente necessária para a apuração do fato sob investigação.

Na sua função instrumental, a investigação preliminar está a serviço do processo penal. Seu objetivo, como já referimos, é dar sustentação à acusação (*opini delicti*). Assim tem uma função *garantista*, evitando acusações infundadas contra o sujeito passivo e afastando dele o risco de ser estigmatizado.

Os modelos de investigação preliminar, em termos doutrinários, quanto ao órgão encarregado que os preside, genericamente são classificados em modelos de Juizado de Instrução (investigação judicial); modelos de Promotor Investigador (investigação ministerial); e o sistema de Investigação Policial. Essa foi a forma pela qual estudamos o tema, não obstante existam outras classificações.

Diversos países adotam o sistema de Juizados de Instrução. Dentre eles, destacam-se os modelos da França e da Espanha na Europa. Na América Latina, esse sistema também é utilizado, sendo exemplos os modelos do Código Nacional da Argentina e do Chile.

Os Juizados de Instrução fazem parte de uma visão processual inquisitória que é típica de modelos autoritários ou totalitários. Isso, no caso da América Latina, ocorre devido a nossa formação histórica. Essa cultura judicial inquisitiva que não é tão simples de ser abandonada.

Em termos práticos, constatou-se que, via de regra, nos países que adotam o Juizado de Instrução como modelo de persecução preliminar, a Polícia Judiciária é quem acaba conduzindo a investigação. Em teoria, nesses sistemas, o Juiz Instrutor coordena a

investigação, mas a realidade é que o Magistrado só sabe da investigação final, quando a polícia lhe envia o relatório.

A investigação a cargo do Ministério Público é utilizada por diversos países, tanto na Europa como nas Américas. Na Europa, são exemplos desse sistema os modelos da Alemanha, da Itália e de Portugal. Nas Américas, a investigação ministerial é utilizada pelas províncias de Córdoba e Tucumã, na Argentina, pelo México, Colômbia e Equador.

Nesses modelos, a realidade não é muito diferente daquela que ocorre nos sistemas de Juizado de Instrução. Em teoria, a condução da investigação é do Ministério Público, mas na prática quem a realiza é a polícia. Em muitos casos, a polícia instaura a sua própria investigação, a qual conduz quase que de maneira autônoma, embora formalmente devesse se reportar ao *parquet*.

Quanto à investigação policial verificou-se que, ao contrário daquilo que é erroneamente propagado no Brasil, por alguns, o nosso país não é o único que possui esse modelo de investigação criminal. A investigação policial existe também e é eficiente, em outros países, como na Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos da América do Norte.

No Brasil, vige o paradigma constitucional de investigação criminal. Nesse modelo, constitucionalmente à Polícia Judiciária é atribuída a função de dirigir e realizar diretamente a investigação dos fatos delituosos, apontando a materialidade e os indícios de autoria.

Na previsão constitucional expressa – Constituição Federal de 1988 - a autoridade de Polícia Judiciária encarregada de dirigir a investigação criminal é o Delegado de Polícia. No nosso sistema, a Polícia Judiciária é a titular da fase preliminar criminal. Não é mera auxiliar, mas sujeito principal da apuração preliminar do delito.

Essa circunstância é inédita, pois nenhum texto constitucional anterior disciplinou o assunto de maneira direta, foi sempre normatizada por leis infraconstitucionais. Acentuando a ideia garantista na Lei Maior, a opção do constituinte de 1988, foi de guindar a norma constitucional também à fase preliminar do processo penal.

O sistema processual penal do Brasil está atualmente assentado em termos legislativos infraconstitucionais no Código de Processo Penal de 1941 (DL 3.689/41). Uma das principais críticas ao atual Código de Processo Penal é em virtude dele ter sido editado durante a ditadura de Getúlio Vargas – o qual lhe deu características indiscutivelmente autoritárias.

O inquérito policial não é o sistema, mas apenas o nome de um dos procedimentos utilizados pela Polícia Judiciária na apuração de infrações penais. O inquérito policial constitucionalizou-se, uma vez que veio expressamente citado no texto da Lei Maior - é a única forma de investigação criminal mencionada na Constituição.

Destacam-se as Comissões Parlamentares de Inquérito no art. 58, § 3º, da Constituição Federal de 1988, também são uma forma constitucional de investigação. Conforme determinação do artigo 98, I, da Constituição Federal, também foi criado o procedimento disciplinado pelas Leis nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01, as quais se aplicam à apuração dos delitos denominados de menor potencial ofensivo. Constatou-se, ainda, a existência das polêmicas investigações conduzidas por membros do Ministério Público, sem previsão constitucional.

A divisão expressa das funções policiais, em corporações diversas, que encontramos no nosso texto constitucional, pode ser considerada um ponto muito positivo do sistema brasileiro. Isso, em contraponto, por exemplo, com o modelo italiano em que não há essa clara separação.

Sob o enfoque garantista, verifica-se a inconsistência do discurso defensor da implantação do chamado “ciclo completo de polícia”, o qual as polícias militares brasileiras defendem como receita ideal e evoluída para atuação policial. Ferrajoli vê o modelo italiano, de polícia unificada, com confusão de funções na prática, como arcaico, ineficiente e antigarantista.

Mas ao se analisar com mais profundidade o inquérito policial, verifica-se a falta de um rito pormenorizado de sua instrução. Tal situação acarreta inúmeros problemas ao modelo de investigação preliminar adotado no Brasil. Talvez o principal deles seja a necessidade da autoridade de Polícia Judiciária ter de adotar, na prática, atos com discricionariedade e até de legalidade discutível.

Como já mencionamos, o termo circunstanciado é a outra forma de investigação preliminar policial, simplificada em relação ao inquérito policial. Nesse caso, o inquérito policial é dispensado e substituído por um procedimento investigatório mais simplório. O procedimento previsto não pode ser traduzido em mero boletim de ocorrência pelo fato de que poderá embasar a transação penal, com a composição dos danos e proposição de pena não privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

Como se trata juridicamente de investigação criminal, tem o termo circunstanciado, de estar submetido ao paradigma constitucional vigente. O termo circunstanciado deve ser lavrado por autoridade policial, segundo determina o art. 69, *caput*, da Lei 9.099/1995. A autoridade policial é o Delegado de Polícia de carreira, que exerce as funções de polícia judiciária, nos termos do art. 144, § 4.º, da Constituição da República.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul define a apuração das infrações penais como atribuição da Polícia Civil, no seu art. 133, “*caput*”. O mais curioso é o conceito de autoridade policial tenha sido “flexibilizado” justamente aqui no Estado. Isso porque, no

parágrafo único desse mesmo artigo da nossa Constituição Estadual, há a definição expressa do Delegado de Polícia de carreira, como autoridade policial, cargo que é privativo de bacharéis em Direito.

Com relação às investigações preliminares presididas diretamente pelo Ministério Público, sob o enfoque do paradigma constitucional de investigação criminal no Brasil, pensamos que ela é inviável. A investigação criminal no Brasil cabe somente à Polícia Judiciária. Essa é a regra, sendo que as exceções o próprio texto da Lei Maior refere explicitamente.

Parece-nos que depois da Constituição de 1988, que discorreu expressamente sobre o tema, essas demais formas de investigação não encontram amparo constitucional, pelo menos como investigação criminal. No texto da Constituição de 1988, nenhuma disposição expressa conferindo poderes de investigação ao Ministério Público. Nenhuma das normas infraconstitucionais, que disciplinam a organização do Ministério Público – federal ou estadual – confere, expressamente, o poder de realizar investigação criminal diretamente pelo membro do Ministério Público.

A doutrina brasileira tem posicionamentos totalmente antagônicos, em relação ao alcance dos poderes investigatórios do Ministério Público, oscilando entre possibilidade irrestrita e negativa completa.

Os seus defensores da investigação ministerial argumentam, principalmente, a tese da teoria dos poderes implícitos (*quem pode o mais pode o menos*). Também que, pela interpretação do artigo 4.º do Código de Processo Penal, a polícia judiciária não detém a exclusividade da investigação preliminar; ainda, que a Constituição Federal, bem como a lei orgânica do Ministério Público não proíbem a instauração de investigações pelo *parquet*.

Mas a investigação criminal invade esfera de privacidade do cidadão, situação que, por si só, já lhe causa lesão à imagem pessoal. Portanto os limites de legalidade na investigação são e devem ser expressos e claros, devendo tal atividade estatal ser controlada e fiscalizada. No sistema do Brasil, essa função de controle foi constitucionalmente atribuída ao Ministério Público. Em face de tal opção do legislador, caso o Ministério Público investigue diretamente, prescindindo da polícia, atuará em violação do princípio do controle, que é um dos pilares do sistema republicano.

A jurisprudência também diverge a respeito do tema. Como Corte Constitucional, é relevante analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. No julgamento do Inquérito 1868/DF, a discussão acerca da possibilidade do Ministério Público, diretamente, realizar investigação criminal chegou ao Plenário do Tribunal. Esse julgamento se encontra atualmente suspenso, com pedido de vistas, pelo Ministro Cezar Peluso.

Até o momento, dois ministros – Marco Aurélio, relator do Inquérito, e Nelson Jobim - entenderam que o MP não pode investigar. Três ministros - Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto - posicionaram-se no sentido de que os promotores e procuradores podem, sim, comandar investigações, ainda que na seara criminal. A seguir, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Cezar Peluso, situação que perdura até este momento.

Parece-nos que não há como se amparar atos investigatórios diretos do Ministério Público, em nenhum momento, no texto da Constituição Federal. Também não autoriza ao próprio Ministério Público legislar através de norma interna – resoluções - conferindo-lhe poderes, no mínimo duvidosos, que sem dúvida, cerceiam direitos e garantias individuais.

É paradoxal que para a Polícia Judiciária investigar deva se pautar por normas processuais federais - o Código de Processo Penal e outras - enquanto que o Ministério Público criaria sua própria norma investigatória, através de resolução interna, atingindo direitos e garantias fundamentais.

Outra questão controversa, é a de que trata justamente da aplicação dos princípios constitucionais garantistas à fase preliminar. A controvérsia não se atém à aplicação ou não desses princípios constitucionais da legalidade e devido processo legal, presunção de inocência, direito ao silêncio, defesa e contraditório, garantia da dignidade do investigado e motivação das decisões – Art. 1.º, III, Art. 4.º, II e Art. 5.º, II, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, da CF/88. A aceitação teórica de tais princípios é quase que consensual, mas o problema está na efetivação deles.

A questão primordial e conflituosa é a adequação dos elementos norteadores e intrínsecos da investigação preliminar a esses princípios constitucionais, mormente quanto ao notório caráter inquisitorial e sigiloso do procedimento preliminar. Conseguir uma apuração do fato e autoria eficaz, mas com respeito aos direitos e garantias individuais consignados no texto constitucional, é a questão fundamental.

Neste trabalho buscamos vislumbrar um sistema que mais se amolde ao Estado de Direito em termos de investigação preliminar. Temos em vigor hoje os três sistemas estudados, podendo o Estado desenvolver a investigação preliminar com qualquer deles, ou seja, por meio da Polícia Judiciária, do Juiz Instrutor e do Promotor Investigador, conforme a opção do legislador.

Os três modelos possuem vantagens e desvantagens. A busca do melhor sistema que se adapte às necessidades do país passa, obrigatoriamente, pela avaliação das virtudes e defeitos que cada um deles apresenta.

A política na área da segurança pública, em geral, e, particularmente, na investigação preliminar constata-se inadequada. Esta, como todo o sistema, está em séria crise, mormente em relação à denúncia de sua ineficácia e práxis operacional violadora dos Direitos Humanos. Embora a investigação preliminar seja uma peça fundamental para o processo penal, no Brasil ela tem sido relegada a um segundo plano.

A partir da análise dos dados sobre as deficiências materiais e humanas da Polícia Judiciária gaúcha, extraíram-se algumas conclusões concretas acerca da (in)eficiência investigatória do nosso sistema. Constata-se nesses dados que a Polícia Judiciária gaúcha está desestruturada, sendo que há um grande déficit de investimento do Estado nessa atividade. Existem carências de todas as espécies, mas, sem dúvida, a mais preocupante diz respeito aos recursos humanos.

A investigação - mais do que equipamentos - depende da inteligência humana. É um erro se pensar que computadores, por exemplo, sejam mais importantes que pessoas na investigação criminal. A informática é apenas uma ferramenta, mas o computador sozinho não investiga crimes. É necessário que haja pessoas – muito qualificadas, por isso, bem remuneradas - para operá-los e fazer frente à dinâmica criminalidade da sociedade complexa e do risco.

Constata-se que a desestruturação – pelo menos em termos de pessoal – é maior da polícia investigativa, em relação a outras instituições. Como se viu, o efetivo atual, tanto no quadro geral da Polícia Civil, quanto de Delegados de Polícia, é menor do que na década de 80, enquanto a população e o número de ocorrências dispararam.

Evidencia-se, também, que há uma opção de política criminal baseada em um sistema de segurança pública que cada vez mais vai na direção do controle social da pobreza – seletivo. Os movimentos de “Lei e Ordem” ganham força e as autoridades, encarregadas de gestar a política criminal, via de regra, apelam cada vez mais para o ostensivismo e a repressão da criminalidade de rua. Não se questiona a eficácia dessas políticas, mormente no que tange à dita criminalidade organizada – uma vez que esta, em regra, é invulnerável ao policiamento ostensivo.

O fato das nossas polícias ostensivas serem militarizadas é mais um problema. O caráter militarizado dos nossos sistemas penais implica expressa e legal renúncia à legalidade. Eles são encarregados *de um controle social militarizado e verticalizado*, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população – mormente sobre os setores mais carentes da população, das massas excluídas.

A militarização do sistema de controle social na América Latina surgiu a partir da década de sessenta, em face da influência no continente da ideologia da segurança nacional.

Inicialmente, era dirigida ao criminoso político, mas aos poucos se voltou ao combate da criminalidade convencional. Nessa perspectiva, inimigo é inimigo mesmo e guerra é guerra mesmo. Combate é combate mesmo, sendo legítimo o uso da força de forma indiscriminada, com o objetivo de vencer a guerra.

Muito se fala em ineficácia e modificação do sistema de investigação preliminar – com o fim do inquérito policial - mas pouco se diz sobre o equívoco de termos entregado o policiamento a uma corporação militar. As polícias ostensivas militarizadas são ainda hoje no país um dos “fantasmas” mais visíveis da ditadura militar, instalada a partir de 1964, e que vigeu até 1985, no Brasil.

Aqui no Rio Grande do Sul o poder militar, após várias investidas, conseguiu ter atribuições de Polícia Judiciária nas infrações de menor potencial ofensivo. Agora os milicianos pleiteiam o poder de lavar flagrantes e conduzir formalmente investigações também nos crimes de maior potencial ofensivo - o famigerado “Ciclo Completo de Polícia”.

Na realidade, as polícias militares têm seus “setores de inteligência” – aqui chamado de P2 - que nada mais são, na prática, do que seções de investigações dissimuladas. Em absoluto desvio de função, os policiais militares registram ocorrências, investigam delitos, representam por medidas cautelares, mandados de busca e até prisões preventivas, bem como participam, como investigadores, das chamadas “forças tarefas” contra o crime organizado. O que menos lhes interessa e fazem, ao que nos parece, é policiamento ostensivo.

Outro fator a contribuir para a desestruturação do sistema de investigação preliminar no país é o de que a própria sociedade, bem como a intelectualidade, não consigam vislumbrar o aparato de segurança pública como meio de garantia de direitos fundamentais e sim como braço armado do “príncipe” e da elite do momento, mormente a elite econômica e política.

Mas a segurança pública, no Estado Democrático de Direito, visa certamente a garantia de direitos dos cidadãos. Pode-se ir além nessa constatação: o direito à segurança é por si só uma das garantias do cidadão. A questão de segurança no Brasil, após a redemocratização, foi abandonada, relegada a um plano secundário. Os conservadores não admitiam que ela deixasse de ser autoritária. Já os progressistas não queriam nem ouvir de polícia depois de anos sendo perseguidos pelo sistema autoritário.

Consta-se que o sistema de segurança pública está atrelado aos interesses de governos. Sem planejamento adequado, tais políticas casuístas oferecem apenas uma aparência de segurança, as quais, via de regra, tendem a investir em policiamento de força, e não de inteligência. A vinculação da polícia de investigação ao Poder Executivo leva influências políticas para esse serviço público.

E pode ficar ainda pior. Pois, atualmente, existem ideias que vão à contramão de restringir-se a influência do Poder Executivo sobre a investigação criminal. Alguns propõem desconstitucionalizar as polícias e, portanto, acabar com o paradigma constitucional de investigação criminal. Isso fortalecerá a influência da política partidária na investigação criminal.

Destarte, na denunciada ineficácia na apuração dos delitos, por parte da Polícia Judiciária, há vários fatores a serem considerados. Talvez a desestruturação da investigação criminal seja proposital. Diante dos “equivocos” da política criminal, há que se questionar se realmente existe interesse das elites brasileiras em uma Polícia Judiciária desvinculada do Poder Executivo e, realmente, eficaz.

Nesse contexto, é possível mesmo que o inquérito policial e a Polícia Judiciária, sob o ponto de vista teórico, não atendam a demanda a que se propõem, qual seja, produzir uma investigação pré-processual eficaz. Todavia há indícios de que tal situação não decorre somente de problemas de gerenciamento interno e ou financeiros.

Na verdade, ao contrário do que declaram nossas elites, parece que há uma reunião de esforços no sentido de que a investigação criminal continue a funcionar com limitações. Interessa-lhes que se continue a investir em modelos de segurança pública seletivos, com um viés notadamente criminalizador e voltado à perseguição da criminalidade de rua, como é o caso do policiamento ostensivo, criminalizando a pobreza.

Portanto, o problema é bem mais amplo do que a substituição do modelo teórico e da figura do presidente das investigações. Isso, por si só, não resolve essa grave crise, tampouco faz a necessária humanização do processo penal.

Não obstante essas observações, há que se considerar que determinadas críticas à metodologia investigativa – o sistema legal em si - são cabíveis. Um exemplo é a necessidade, em regra, de utilizar-se o capítulo referente à prova judicial, a partir do artigo 156, Código de Processo Penal, na investigação preliminar.

Constata-se que o Brasil não possui ainda, em termos teóricos, uma metodologia clara e definida de investigação, mormente quanto à técnica investigatória – a de como apurar. Existem, sim, técnicas e metodologias, mas elas ainda estão dispersas na práxis diária da atividade policial.

Existe falta de normatização clara em relação, por exemplo, à metodologia de tomada dos depoimentos a serem colhidos na fase pré-processual. Tanto na seara técnico-jurídica, a qual está relacionada aos fundamentos legais – forma legal - como proceder nas oitivas, quanto naquela relativa à técnica investigatória – forma de apurar. Do mesmo modo, isso

ocorre nos reconhecimentos, nos quais, além de uma normatização mais clara – do procedimento em sede de investigação - muitas vezes sequer o que a lei já prevê é observado.

Muito diferente não é em relação às provas periciais. Sabe-se que os exames periciais estão entre os métodos de apuração mais importantes na investigação criminal. Quanto mais amparada estiver a investigação em exames periciais, tanto mais seguras e consistentes serão as suas conclusões. Os exames periciais são as diligências responsáveis pela inserção de tecnologias mais avançadas na persecução criminal.

E, na sociedade complexa, com a organização e sofisticação das práticas delituosas, é cada vez mais imperativa a introdução de tecnologia e conhecimentos científicos na investigação criminal. Mas por problemas estruturais e, até mesmo de conscientização dos responsáveis pela investigação, a prova pericial não tem sido utilizada como deveria.

Nesse contexto, surgiram novas metodologias investigatórias. A infiltração policial é uma delas. Notadamente as novas metodologias de investigação estão dirigidas à apuração dos crimes praticados pelas chamadas organizações criminosas ou crime organizado.

Todavia conclui-se que, na atual conjuntura, essa modalidade de investigação não pode ser utilizada no Brasil. Os problemas vão além das lacunas jurídicas e do preparo do agente. As instituições do sistema repressivo não estão preparadas para lidar com situações extremas que podem decorrer de uma ação de infiltração.

Outra nova metodologia de investigação é a colaboração processual e/ou delação premiada. Conforme o caso, elas podem incidir sobre o desenvolvimento da investigação, do resultado do processo, ou sobre a dosimetria da pena, com diminuição da sanção aplicada pelo Juiz na sentença. No entanto, a nossa legislação sobre o tema apresenta inúmeras lacunas e omissões, as quais tornam os institutos da colaboração processual ou delação premiada confusos e inseguros para todas as partes.

Ainda temos as interceptações e a quebra de sigilo de dados e comunicações. Na atualidade, são os institutos mais utilizados e eficazes, mormente quando se trata da apuração de crimes de maior complexidade e praticados pelas chamadas organizações criminosas. A discussão em torno do alcance do instituto da interceptação telefônica tornou-se ampla na atualidade, uma vez que tem sido muito utilizada, inclusive ilicitamente. Existem problemas jurídicos a serem solucionados, como, por exemplo, o tempo de duração da interceptação telefônica e de dados. Essa questão ainda está em aberto, sob o ponto de vista legal.

Neste diapasão, retoma-se a questão da sujeição da investigação criminal ao modelo republicano. Conforme já frisamos, vige o paradigma constitucional em relação à persecução criminal, inclusive quanto à investigação dos delitos. Portanto, existem regras fixadas por modelo

jurídico, ao qual todas as instituições pertencentes ao sistema criminal estatal devem se adequar.

Nesse sentido o Estado brasileiro fixou na Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos Direitos Humanos como princípios fundamentais. Deles, decorrem as outras garantias já enumeradas, inclusive as regras do devido processo penal acusatório, as quais tutelam o investigado/acusado contra o arbítrio estatal, as “regras do jogo”.

O Estado Democrático de Direito e os Direitos Humanos estão relacionados com a dignidade humana. As Declarações de Direitos Humanos do período moderno estão diretamente ligadas à noção que compartilhamos, atualmente, sobre o indivíduo como sujeito de direitos. A partir de uma visão filosófico-antropológica do indivíduo, chegamos à ideia sobre ele nos planos jurídico e político, “direitos fundamentais do indivíduo.

O projeto jurídico de Direitos Humanos, concretamente, surge a partir da positivação das declarações de direitos do final do século XVIII, nomeadamente a Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração Francesa de 1789, a Declaração Norte-Americana de 1791, com as dez primeiras Emendas e, por último, no século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1948.

Pode-se afirmar que os Direitos Humanos e a segurança pública têm vinculação e interdependência, sob o manto do Estado Democrático de Direito. A garantia de Direitos Humanos também depende do desenvolvimento de políticas públicas na seara da segurança pública e da atividade policial.

A partir dessa perspectiva, o conceito de segurança pública pode e deve estar relacionado à efetivação de todos os direitos humanos. Nesse nível na discussão, não se pode ideologizar o tema da segurança pública, nem interpretá-la com uma visão radical e extremista. Não há dúvida que muitos dos problemas que hoje enfrentamos no Brasil, na temática da segurança pública, decorrem da maneira como a sociedade vê a polícia, e como ela própria se vê.

É preocupante o fato de que parcela da sociedade tenha a imagem de que a polícia existe para servir a governantes e não a sociedade e à cidadania. Como o Estado moderno é liberal burguês, criou-se a noção generalizada de que a polícia existe para a defesa do Estado e do *status quo* em benefício da elite. Mas essa ideia há de ser alterada.

Para a parcela progressista da sociedade, a polícia é afeta à repressão antidemocrática, à truculência, ao conservadorismo. Para a polícia, os ativistas dos direitos humanos, como filiados da esquerda, são defensores de bandidos e da impunidade.

Historicamente, a segurança pública e a polícia não são encaradas como instrumentos de garantia dos Direitos Humanos. É possível que tal circunstância decorra da utilização do sistema de segurança pública, notadamente a Polícia Judiciária, nos momentos de ruptura da ordem democrática, como meio de perseguição política e *longa manus* do *status quo* antidemocrático, para a manutenção do poder.

Houve claramente uma demora na adequação dos serviços de segurança pública ao Estado de Direito. Isso aconteceu em decorrência do descaso com que o tema foi tratado no país, a partir da redemocratização. O país foi conduzido da ditadura à democracia, mas esqueceram da segurança. Hoje pagamos o preço por nossa negligência coletiva.

Para adequar-se ao Estado Democrático de Direito, a ação da polícia deverá pautar-se por noções de proteção, ajuda e respeito aos cidadãos. O policial pode, facilmente, ao invés de violador, tornar-se um promotor de Direitos Humanos, o que é, afinal, sua função legal.

Mas ambos os lados - dos policiais e ativistas de Direitos Humanos – devem repensar suas posições sobre o tema. Primeiramente, é preciso investir na qualificação dos policiais, privilegiando a formação humanística. A autoestima desse profissional deve ser trabalhada. A experiência primária do “querer-se bem” é fundamental para possibilitar o “querer bem o outro”. É fundamental que o cidadão policial se sinta motivado e orgulhoso de sua profissão. Só respeita o outro aquele que se dá respeito a si mesmo.

No Estado Democrático de Direito, a polícia deve atuar nos limites da lei. Combater o crime com os métodos do crime é uma espiral sem saída. Neste sentido, o desenvolvimento da polícia técnica, modernizando os padrões investigatórios, reflete-se antes na *legalidade* do que na eficácia dos serviços policiais.

Na atividade policial dirigida à tutela de Direitos Humanos, exige-se do policial zelo pela “limpeza” da instituição da qual participa. Um verdadeiro policial, ciente de seu valor social, será o primeiro interessado no “expurgo” dos maus profissionais, dos corruptos, dos torturadores, dos psicopatas.

Mas para que o policial respeite os Direitos Humanos e os promova, alguém tem de cuidar dele também: quem cuida da polícia? Os governos, de maneira geral, estruturam pobremente os serviços de atendimento psicológico aos policiais e aproveitam muito mal os policiais diplomados nas áreas de saúde mental. O equilíbrio psicológico, tão indispensável na ação da polícia, passa, também, pela saúde emocional da própria instituição.

A formação do policial deve privilegiar a formação do juízo moral, as ciências humanísticas e a tecnologia como contraponto de eficácia à incompetência da força bruta. Aqui no Rio Grande do Sul isso já ocorre há algum tempo na Polícia Civil, por exemplo, com

relação às disciplinas humanistas.

A partir dessas proposições, podemos construir uma concepção da polícia como uma instituição positiva. Não é ela negativa, no sentido de ser somente repressiva. Não é só a instituição que vai tirar a liberdade das pessoas, como é a interpretação de parte da sociedade e de alguns juristas. No paradigma constitucional de investigação criminal, apresenta-se a polícia com um papel muito mais de proteção de direitos do que simplesmente como força repressiva.

A polícia, no regime democrático, é uma função pública essencial e fundamental ao regime de liberdades e à tutela dos direitos e garantias fundamentais. Ela deve estar a serviço da sociedade e não do próprio Estado ou de governos de ocasião, e muito menos, do crime.

Desse modo, pensamos que se deve abandonar de vez qualquer visão antagônica entre a polícia e os Direitos Humanos. Por outro lado, o discurso da desigualdade social não pode justificar a violência e a insegurança no sentido de que a sociedade tem de esperar a solução desse problema social. Como já frisamos, a violência e a criminalidade podem destruir a própria democracia.

Uma polícia - e uma investigação criminal inserida em um paradigma republicano-constitucional -, humanizadas, justas, técnicas, inteligentes, garantidoras e promotoras dos direitos dos cidadãos, são parte do imaginário coletivo do Brasil. E é possível que se alcance este patamar. Para isso, basta uma mudança de paradigmas não só nas corporações, mas também em todos os segmentos sociais envolvidos com a questão da segurança pública.

REFERÊNCIAS

ACADEPOL. **Policial Civil**. Academia de Polícia Civil/RS.

ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência. *In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério público e sua investigação criminal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Eduardo da Silva. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2009.

ATHAYDE, Celso M. V Bill; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de; TUPINAMBÁ, Pinto de. Política criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. *In: política criminal contemporânea*: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do departamento de direito penal e processo penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALLESTRERI, Ricardo Brisolla. **Direitos humanos**: coisa de polícia. 15.ed. Passo Fundo: CAPEC – Pater, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação dos crimes de ação penal de iniciativa pública.** Papel do ministério público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan 1990.

BAUDRILLARD, Jean. **O crime perfeito.** Lisboa: Relógio D'água, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana; MARCHESI, Di. 1738-1794. **Dos delitos e das penas.** Tradução: J. Cretella Jr.; Agnes Cretella 12.ed. ver. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Questões criminais.** Tradução: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2006.

BECHARA, Fabio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. *In:* SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle do crime organizado na sociedade contemporânea. *In:* **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo.** Hacia una nueva modernidad. Barcelona /Buenos Aires: Paidós, 1998.

BEIRAS, Iñaki Rivera. El business penitenciario (una incursión por las “nuevas” racionalidades punitivas). **Boletim do IBCCRIM,** São Paulo, n. 128, jul. 2003.

BELING, Ernst. **Derecho procesal penal.** Barcelona: Labor, 1943.

BENTO, Ricardo Alves. O Dogma constitucional da presunção de inocência. *In:* SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BETIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BINDER, Alberto M. **Política criminal**: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: AD-HOC, SRL/LAEL, 1997.

BITENCOURT. Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *In: Política criminal contemporânea*: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B; SPAGNOL, Antônio Sergio; MATOS, Fernando. A situação dos defensores de direitos humanos no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 198, maio 2009.

BLANC, Cláudio; PERES NETTO, Marly. **Relatório da CIA**: como será o mundo em 2020. Tradução de Cláudio Blanc e Marly Netto Peres. São Paulo: Ediouro, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 4 reimpr. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 2004.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. No prefácio da obra de Ferrajoli. *In: FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão*: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

BOLETIM IBCCRIM. **Ciclo Completo de Polícia**: ou a indevida investigação legal. n. 199, jun. 2009.

_____. **A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as mega-operações**. São Paulo, n. 175, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. **As comissões parlamentares de inquérito**. São Paulo, n. 139, jun. 2004.

BOLETIM IBCCRIM. **Poderes investigatórios do Ministério Público**, n. 135, p. 1, fev. 2004.

BOLETIM IBCCRIM. **Interceptações telefônicas**: novos rumos. São Paulo, n. 191, out. 2008.

_____. **Interceptações telefônicas**: nova lei, velhos problemas. São Paulo, n. 176, jul. 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Violência e criminalidade: perspectivas policiais e políticas. In: **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL (Leis, etc.). **Códigos penal**: Processo Penal e Constituição Federal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 394.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2004.

_____. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/ropdetalhe.asp?id=365881>>. Acesso em: 20 out. 2009.

_____. Ministério da Justiça. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Ministério da justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública apresentam pesquisas sobre exposição de jovens à violência. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. **Poder Judiciário**. STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. **Manual de “técnicas de entrevista e interrogatório”**, da TREINASP, da Segurança Pública. Ministério da Justiça, fornecido durante curso ministrado em Gramado/RS, no período de 27 a 31 de março/2006.

_____. **Manual de Informações Técnicas e Coleta de Evidências da TSL**, Sistemas Tecnológicos de Segurança: materiais e equipamentos para Polícia Técnico-Científica. Belo Horizonte, MG, 1997.

_____. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. *In: A sociedade em busca de valores*. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Derecho procesal civil y penal**. México: Episa, 1997.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CARVALHO, James; MENDONÇA, Maria Luisa. (Orgs.). Os direitos humanos no Brasil 2000. **Relatório do Centro de Justiça Global em parceria com Global Exchange**. Rio de Janeiro: Parma, 2000.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático)**. 3.ed. reescr. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

_____. **Pena e garantias**. 2.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTELLÓN, Arturo Javier Danoso. Sistema procesal penal acusatorio. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003.

CASTRO, Lolla Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CATENA, Vítor Moreno. El proceso común. *In: Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: COLEX, 2001.

CAVALCANTI, Carlos André Macêdo. História social dos direitos humanos: desmitologização, imaginário e tipo ideal. *In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos (Orgs.). Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Universitária, 2001.

CERQUEIRA, Atilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrina de segurança nacional e produção de subjetividade. *In: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia/ TeCorá, 2002.

_____. Violência do estado e violência “doméstica”: o que tem em comum? *In: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia/ TeCorá, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMTE-SPONVILLE, André. **Uma moral sem fundamento**. *In: A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, 1996.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal, tomo II**. Santa Fe de Bogotá. Colombia: LAEL. Editorial Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il pubblico ministero al suo posto – Ed anche il giudice. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, p. 23, jul. 2009.

CROCE, Delton e Delton Croce Júnior. **Manual de medicina legal**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A polícia e as garantias de liberdade. In: **O papel da polícia no regime democrático**/Bismael B. Moraes (Coord.) São Paulo: MAGEART, 1996.

DANTAS, Antonio Leones. In: **Sistemas de proceso penal en Europa**. Director: Ramón Maciá Gómez. Barcelona: CEDECS, 1988.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri/SP: Manole, 2004.

_____. **Procesos penales de Europa**. Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia: EDIJUS, 2000.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Fundação Getúlio Vargas).

_____. **Policciamento comunitário e controle sobre a polícia**. A experiência norte-americana. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DINAMARCO. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1990.

DIPLANCO. **Polícia Civil**. Divisão de Planejamento e Coordenação.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortez. La fase de instrucción. In: **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid. COLEX, 2001.

DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 198, maio 2009.

DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma visão antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia latino-americana**: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. Traduzido por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.

ELIADE, Micea. **O reencontro com o sagrado**. Lisboa: Nova Acrópole, 1983.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais co-autores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 202, set. 2009.

ETCHICHURY, Carlos. Assassinatos. Porto Alegre bate recorde da década. **Jornal Zero Hora**. Edição de 06.014.08. Porto Alegre, 2008.

_____. A Polícia em Xeque: 1,7 milhão de crimes não investigados. **Jornal Zero Hora**. Edição de 27.07.08. Porto Alegre, 2008.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Comentários de Francisco Pena. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos: Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005a.

_____. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. Interrogatório contraditório no Inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 138, maio, 2004.

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. **Coleção Teses**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *In*: **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Perfecto Andrés Ibanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *In: O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. ver. atual. ampl. São Paulo: RT, 2001.

GAUER, Ruth M. Chittó; GAUER, Gabriel J. Chittó. (Orgs.). **A Fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante**: uma abordagem garantista: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Breves considerações sobre o flagrante. *In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: **Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

GOLDBLATT, David. **A sociologia do risco – Ulrich Beck.** Teoria social e ambiente. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso, II.** Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJEA. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GÓMEZ, Ernesto Albán. La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano. In: **Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica.** Bogotá. LAEL, 2003.

GONZÁLEZ, Ivan Alfonso Cancino. El juez con función de garantías. Acto Legislativo 03 de 2003. In: **Derecho Penal y sistema acusatorio en Iberoamérica.** Antonio José Cancino (compilador). Homenaje a Fernando Hinesrosa 40 años de Rectoría 1963-2003. Bogotá – Colombia. Universidad Esternado de Colombia, 2003.

GOUVEIA, Humberto. Fundamentos e limites do sigilo bancário. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRAEFF JÚNIOR, Mauro. Polícia. A anatomia da impunidade. **Jornal Zero Hora.** Edição de 04.05.08. Porto Alegre, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei 9.296/96 de 24 de julho de 1996.** São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n. 145, dez. 2004.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** ano 5, n. 17, jan./mar. 1997.

GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: **A sociedade em busca de valores.** Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

GUZMÁN, Augusto José Ibáñez. Estándares internacionales para la reforma al “sistema penal colombiano”. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O trabalho policial**: estudo da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. 5.ed. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2002.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE. **População estimada pelo IBGE para o ano de 2002 e 2007**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatística/população/contagem2007/popmunic2007layoutTCU14112007.xis>>. Acesso em: 28. dez. 2007.

IRION, Adriana. Polícia tem 1 milhão de crimes não apurados. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, edição de 09.06.2004.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas/ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (Org.). Trad.: André Luís Calegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JORNAL ZERO HORA. **Há mais PMS nos quartéis do que nas ruas**. Edição publicada de 13.03.08. Porto Alegre, 2008.

_____. **Ibope mede preocupação dos porto-alegrenses**. Edição publicada em 30.01.04. Porto Alegre, 2004a.

_____. **Polícia. Escambo do Tráfico**. Droga era paga com carros furtados. Quadrilha desarticulada em operação comandada pelo Ministério Público distribuía crack e cocaína no interior do Estado. Edição publicada no dia 25.11.09. Porto Alegre, 2009.

_____. **Polícia - Investigação**: criminosos cumprem pena em regime semi-aberto e saem às ruas para assaltar. Força-tarefa desbarata quadrilha de apenados. Edição publicada em 04.06.04. Porto Alegre, 2004.

_____. **Política. Operação Rodin**. Força-tarefa vai analisar documentos. Edição publicada no dia 22.11.09. Porto Alegre, 2007.

JORNAL ZERO HORA. **Um assassinato a cada 12 minutos no país.** Edição publicada no dia 08.12.03. Porto Alegre, 2003a.

_____. **Brasil tem 11% dos assassinatos do mundo.** Edição publicada no dia 29.04.04, Porto Alegre, 2004b.

_____. **Polícia.** Prevenção: autores de método implantado nos EUA participam de debate. Promotores debatem Tolerância Zero. Edição publicada no dia 12.06.03. Porto Alegre, 2003.

_____. **Polícia.** Criminalidade: americanos falaram em encontro. Especialistas explicam teoria da Tolerância Zero. Edição publicada no dia 13.06.03. Porto Alegre, 2003b.

KAC, Marcos. **O ministério público na investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KARAM, Maria Lucia. Meios invasivos de busca de provas: incompatibilidade com a democracia. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KNIJNIK, Danilo. “A serpente me seduziu, e eu comi”. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do “*entrapment*” e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/95. **Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais**. Porto Alegre: ESMP, CEIP, ano 5, n. 10, 2000.

KOLKER, Tânia. A tortura e o processo de democratização brasileiro. *In*: RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. (Orgs.). **Clínica e política:** subjetividade e violação dos direitos humanos. RJ. Instituto Franco Basaglia. Rio de Janeiro: TeCorá, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica.** Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991.

LEFORD, Claud. **A invenção democrática.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal. Coleção direito processual penal**. (Coord.). PRADO, Geraldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. A era do após-dever. *In: A sociedade em busca de valores*. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In: A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004a.

_____. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.

_____. Direito ao processual penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam as contas com Einstein). *In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/ coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b. v. 1.

_____. Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul. 2009.

LOPES, Fabio Mota; PADILHA, Antônio Carlos Pacheco. **Delegados de Polícia: integrantes das Carreiras Jurídicas**. Porto Alegre, 2009. p. 11. Associação dos Delegados de Polícia do RS. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br/>>. Acesso em: 20 out. 2009.

LOPES, Fábio Motta. Acesso aos inquéritos policiais: prerrogativa do advogado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 196, p. 4, mar. 2009a.

_____. **Considerações sobre o projeto de lei do Senado**, n.º 156/09, após debate em audiência pública do Senado Federal – Porto Alegre, 2009b. Associação dos Delegados de Polícia. ASDEP/RS. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br/>>. Acesso em: 20 out. 2009.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009c.

LUZ, Lia. Janelas fechadas para o crime. **Jornal Zero Hora**. Edição publicada no dia 08.06.03. Porto Alegre, 2003.

MAFESSOLI, Michel. **A violência totalitária**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

_____. **A transfiguração do político**. Porto Alegre: Sulina, 1997.

MAHECHA, Bernardo Gaitán. El sistema acusatorio colombiano. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003.

MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. *In: Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar*. LYRA, Rubens Pinto (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Barcelona: Jurídicas Europa-America, 1951. v. IV.

MARQUES, Frederico José. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Capinas: Millennium, 2000. v. I e II.

MARTÍNEZ, Sara Aragonese. La jurisdicción penal. *In: Derecho procesal penal*. Nueva edición, 30 de junio de 1999. Completada y actualizada. Madrid: Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón, 1999.

MARTINI, Priscila. As Lições de Nova York. **Jornal Zero Hora**. Edição de 06.01.08. Porto Alegre, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. O Inquérito Policial na Sociedade Complexa. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUC/RS, 2007.

MONTOYA, Dario Bazzani. Estructura del proceso en el sistema acusatorio. Análisis de la reforma constitucional en Colombia. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: LAEL, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bismael B. (Coord.). **O papel da polícia no regime democrático**. São Paulo: MAGEART, 1996.

MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Marcos Vinicius Lamas. Indagações sobre o agente provocador e o agente infiltrado. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 128, 2003.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7.ed. rev. mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. Complexidade e Liberdade. *In: A Sociedade em busca de valores*. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996..

MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a antiguidade**. 6.ed. Compl. por Gaston Bouthoul. Tradução: Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, jul., 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5.ed. ver., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto C. de Almeida; SILVA, Ronaldo S Moreira da. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais: a influência da globalização no Direito Penal e Direito Processual Penal. *In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OLIVEIRA, Luiz Otávio Rocha de. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Ibero-americana de Ciências Criminais**, Porto Alegre, ano 3, n. 5, jan./abr. 2002.

PASTOR, Daniel R. **Tensiones: Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?** Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

PAZ, Octávio. **Claude Lévi-Strauss ou o novo festim de Esopo**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PEQUENO, Marconi. Violência e direitos humanos. *In: Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar*. LYRA, Rubens Pinto. (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. *In: Ensaios penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza*. FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

PINZON, Natália Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In: CARVALHO, Salo de. (Org.). Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. *In: Sistema penal e violência*. GAUER, Ruth Maria Chittó. (Coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. **Crime organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática**. – São Paulo: Iglu, 1998.

RABELLO, Eraldo. **Curso de criminalística: sugestão de programa para as Faculdades de Direito**. Porto Alegre: Sagra: Luzzatto, 1996.

RABENHORST, Eduardo R. Democracia e direitos fundamentais. Em torno da noção de estado de direito. *In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos. (Orgs.). Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Universitária, 2001.

RAHAL, E; GROCH, Flávia; LEITE, Ludmila de Vasconcelos. Transparência e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 197, p. 2, abr. 2009.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 6.ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Investigação criminal direta pelo ministério público**: visão crítica. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e tolerância zero. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ano 10, ed. comemorativa, out. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. **Secretaria de Estado de Justiça e Segurança**. Dados do informativo interno da Secretaria de Justiça e Segurança, n. 10, de 05.11.99, 1999.

_____. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**: promulgada aos 3 de outubro de 1989. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Polícia Civil. Academia de Polícia Civil (ACADEPOL)** - Divisão de Assessoramento Especial da Academia de Polícia Civil. Porto Alegre, 2005.

_____. **Polícia Civil. Academia de Polícia Civil (ACADEPOL)** - Divisão de Assessoramento Especial da Academia de Polícia Civil. Porto Alegre, 2008.

_____. Polícia Civil, Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. **Boletim Regimental** 66/07 (PORT. N.º 164/07/GAB/CH/PC. Porto Alegre, 29 de out. 2007.

_____. **Polícia Civil**. Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. Serviço de Cadastro e Assentamentos. Almanaque do pessoal da Polícia Civil de 1985. Porto Alegre, 1985.

_____. **Polícia Civil**. Departamento de Administração Policial – Divisão de Cadastro e Assentamento. Porto Alegre, 2008.

_____. **Relatório Azul**: garantias e violações dos direitos humanos no RS. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do RS, 1994.

_____. Polícia Civil. Departamento de Administração Policial - Divisão de Pessoal. **Boletim Regimental**, n. 66/07, de 29 out. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil. Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. Serviço de Cadastro e Assentamentos. **Almanaque da Polícia Civil de 1990**. Porto Alegre, 1990.

_____. Polícia Civil. Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. Serviço de Cadastro e Assentamentos. **Almanaque do pessoal da Polícia Civil de 1998**. Porto Alegre, 1998.

_____. Polícia Civil. Departamento de Administração Policial – Divisão de Pessoal. Serviço de Cadastro e Assentamentos. **Almanaque do pessoal da Polícia civil de 2002**. Porto Alegre, 2002.

_____. **Polícia Civil**. Gabinete da Chefia de Polícia - Divisão de Planejamento e Coordenação – DIPLANCO, Porto Alegre, 2009.

ROCHA, Carlos Luis. **Investigação policial: teoria e prática**. 2.ed. ver. ampl. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

ROLIM, Marcos. Direitos humanos e civilização. *In: Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar*. LYRA, Rubens Pinto (Org.). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. *In: A violência multifacetada: estudos sobre a violência e segurança pública*. LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Org.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. **El debido proceso penal**. 2.Ed. Bogotá: LAEL, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Klécio. Precisamos globalizar a repressão. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, edição de 08.06.03, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. ver. atual ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHAFFNER, Fábio. **PF desgoverna o poder**. Ações da Polícia Federal estouram ninhos de corrupção e espalham denúncias que apavoram o governo e sacodem o Congresso e o Judiciário. Quem será o próximo. PF encurrala quadrilhas no poder. Edição publicada no dia 27.05.07. Porto Alegre, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A violência na desconstrução do indivíduo. *In: A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. A quebra do Sigilo Telefônico após o HC 76.686. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 191, out. 2008.

SENDRA, Vicente Gimeno. El contenido de la instrucción. *In: Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: COLEX, 2001.

SILVA, Afonso José da. Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, III, da Constituição Federal – Conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das policiais. **Revista da ADPESP**, São Paulo, ano 17, n. 22, dez. 1996.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Geraldo José da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000.

SILVA, Jorge da. **Segurança pública e polícia**: criminologia crítica aplicada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. 500 anos de uma cidadania excludente. *In: ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lúcia Lemos. (Orgs.). Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Universitária, 2001.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança tem saída**. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOLAESA, José R. de Prada. *In: Sistemas de proceso penal en Europa*. Director: Ramón Macia Gómez. Barcelona. Cedecs Editorial S.L., 1988.

SOUSA, Boaventura Santos. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Coimbra: Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais, n. 10, 1989.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. Reprodução humana assistida: aspectos jurídico-penais. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade variável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Sobre as origens das filosofias do diálogo: Algumas aproximações iniciais. *In: Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STUCCHI, Patrícia. O enfoque constitucional da decisão de pronúncia. *In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. O Mito sobre a verdade e os sistemas processuais. *In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORMA, Caroline; GIESTEIRA, Marcos; Um perito para cada 113 mil gaúchos. **Jornal Zero Hora**. Edição publicada no dia 05.10.03. Porto Alegre, 2003.

TOSI, Giuseppe. Direitos humanos como ética republicana. *In: Direitos humanos: os Desafios do Século XXI. Uma abordagem interdisciplinar.* LYRA, Rubens Pinto. (Org). Conselho Estadual de Direitos do Homem e do Cidadão da Paraíba. Projeto UNICIDADANIA e COOPERAZIONE ITALIANA. Paraíba: BRASÍLIA JURÍDICA, 2002.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério público e investigação criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALLEJO, Manuel Jaén. Acusación e investigación en el sistema procesal penal español. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica.* Bogotá: LAEL, 2003.

VARELA, Francisco José Sintura. Observaciones a las reformas de fiscalía. *In: Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica.* Bogotá: LAEL, 2003.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade:** niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VIEIRA, Renato Stanzola. Ainda a investigação criminal direta do Ministério Público: poder implícito ou limite explícito? Proposta de novo enfoque. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 199, jun. 2009.

VIRILIO, Paul. **A inércia polar.** Lisboa: Dom Quixote, 1990.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WAGNER, Carlos. Brigada Militar aposta na militarização de sua estrutura. **Jornal Zero Hora.** Edição publicada no dia 17.03.04. Porto Alegre, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Mores. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re)afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. *In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do departamento de direito penal e processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/ (Coord.).* Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.