



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MÁRCIO ALBERTO GOMES SILVA

**EFICIÊNCIA E RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE
INVESTIGATIVA - UM DISCURSO POSSÍVEL:**

Pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma
investigação criminal garantista

São Cristóvão

2018

MÁRCIO ALBERTO GOMES SILVA

**EFICIÊNCIA E RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE
INVESTIGATIVA - UM DISCURSO POSSÍVEL:**

Pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma
investigação criminal garantista

Dissertação apresentada à Universidade
Federal de Sergipe, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito, sob a orientação do Prof. Dr.
Carlos Alberto Menezes.

São Cristóvão

2018

MÁRCIO ALBERTO GOMES SILVA

**EFICIÊNCIA E RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE
INVESTIGATIVA - UM DISCURSO POSSÍVEL:**

Pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma
investigação criminal garantista

Dissertação de Final de Curso de Mestrado em Direito, perante a Universidade Federal de Sergipe, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

São Cristóvão, 01 de março de 2018.

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (Orientador)

PRODIR - UFS

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa

PRODIR - UFS

Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy

UNIT

DEDICATÓRIA

À minha esposa Aline Telles, aos meus filhos Antônio Neto e Maria Carolina, aos meus pais Antônio Menezes e Edilde Gomes, tudo que fiz, faço e farei, dedico a vocês.

AGRADECIMENTOS

A Deus, criador de todas as pessoas e coisas, por me dar saúde e disposição para seguir em frente, sem cansar, com força, foco e fé.

A minha esposa, companheira e amiga Aline Telles, pelo apoio ao longo do caminho. Sua força, amor, vibração e compreensão foram indispensáveis nessa jornada. Você é meu sol.

A meus filhos, Antônio Neto e Maria Carolina, pelo amor puro e contagiante. A alegria de vocês me dá energia para seguir. Vocês são meu ar.

A meus pais, Antônio Menezes e Edilde Gomes, por sempre acreditarem em meu potencial. Fui forjado por pessoas especiais. Vocês são meu porto seguro.

A meu orientador, Carlos Alberto Menezes, por acreditar nesse projeto.

A todos os amigos que fiz no curso de mestrado. Dividir angústias e alegrias com vocês fez o caminho mais suave.

A todos os professores e ao apoio da Universidade Federal de Sergipe. Obrigado por dividirem seus conhecimentos e experiências com o corpo discente.

RESUMO

A distância entre o quanto normatizado no ordenamento jurídico e o que, de fato, é materializado pelo aparelho de persecução penal estatal brasileiro é problema sério a ser enfrentado. É preciso delimitar a atividade de apuração criminal, com o fito de, a um só tempo, garantir a eficiência na elucidação dos fatos supostamente criminosos e a observância dos direitos dos cidadãos brasileiros, afastando a falsa ideia de que o respeito dos direitos do alvo do sistema de persecução penal significa estímulo à impunidade. Tão situação será enfrentada com a criação de axiomas, verdadeiros filtros para atuação estatal durante o inquérito policial, que possibilitam a correta coleta de provas, aptas a deflagrar um processo livre de ilicitudes. Nesta senda, a investigação que pretende seguir estritamente o quanto delineado pela Constituição Federal e pela legislação de regência deve ser criada por meio de lei, deve ser presidida por autoridade imparcial, imparcial e desinteressada, só pode ser deflagrada com justa causa (primando-se pela liberdade, em detrimento do encarceramento), deve colher e ser baseada em provas lícitas, só deve admitir mitigação de direitos individuais caso se demonstre efetiva necessidade, deve ter finalidade estritamente investigativa (não deve servir a objetivos escusos e inconfessáveis) e deve garantir mínima publicidade interna (ciência do investigado/indiciado) e externa (direito de informação da sociedade).

Palavras-chave: Investigação criminal – garantismo – axiomas – eficiência – direitos fundamentais

ABSTRACT

The distance between how much normalized in the legal order and what, in fact, is materialized by the apparatus of Brazilian criminal prosecution is a serious problem to be faced. It is necessary to delimit the activity of criminal investigation, with the aim, at the same time, to ensure efficiency in the elucidation of alleged criminal acts and the observance of the rights of Brazilian citizens, removing the false idea that respect for the rights of the target of the system of criminal prosecution means impetus to impunity. Such a situation will be faced with the creation of axioms, true filters for state action during the police investigation, that allow the correct collection of evidence, capable of triggering a process free of wrongdoing. In this way, the investigation that intends to strictly follow what is outlined by the Federal Constitution and the regulative legislation must be created by law, must be presided over by impartial, impartial and disinterested authority, can only be triggered with just cause freedom, to the detriment of incarceration), must be collected and based on lawful evidence, should only admit mitigation of individual rights if it proves effective necessity, must have a strictly investigative purpose (should not serve unambiguous objectives) and should guarantee minimum internal advertising (investigated / indicted science) and external (right to information society).

Key words: Criminal investigation - guaranty - axioms - efficiency - fundamental rights

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	TEORIA DO GARANTISMO PENAL, VIOLÊNCIA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO	12
2.1	Síntese do sistema de garantias – os 10 axiomas garantistas	12
2.2	Violência e desrespeito aos direitos fundamentais pelo sistema de persecução penal brasileiro.....	17
3	A SEGURANÇA PÚBLICA, O SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO E O INQUÉRITO POLICIAL.....	26
3.1	Introito.....	26
3.2	Segurança pública	26
3.3	O sistema de persecução penal brasileiro	29
3.4	O inquérito policial	34
4	PELA NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE AXIOMAS QUE ORIENTEM A ATUAÇÃO ESTATAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL	39
4.1	Introito	39
4.2.	Não há procedimento investigativo sem lei que o crie e o delimite	42
4.3	Não há investigação criminal sem presidência de autoridade imparcial, imparcial e desinteressada, em procedimento que tramite em órgão com atribuição investigativa outorgada pela Constituição Federal ou pela legislação	44
4.4	Não há investigação criminal sem justa causa (pela prevalência da liberdade em detrimento do encarceramento).....	59
4.4.1	Introito	59
4.4.2	Notícia anônima de crime.....	59
4.4.3	Requisição para instauração de inquérito policial	61
4.4.4	Lavratura de auto de prisão em flagrante delito	62
4.4.5	A construção do axioma	66
4.5	Não há prova da materialidade e indícios de autoria sem observância das regras constitucionais e legais	66
4.5.1	Introito	67
4.5.2	Tortura.....	69
4.5.3	Inviolabilidade de domicílio.....	70

4.5.4 Outras ilicitudes e a construção do axioma	72
4.6 Não há decretação de medidas investigativas signifiquem mitigação de direitos fundamentais sem efetiva demonstração de necessidade	73
4.7 Não há investigação criminal formal sem finalidade investigativa.....	75
4.7.1 Introito	75
4.7.2. Execuções extrajudiciais	75
4.7.3. Bandido bom é bandido morto?	79
4.7.4 A morte de policiais	81
4.7.5 A apuração efetiva das mortes decorrentes oposição à ação policial	82
4.7.6 Pensando a letalidade policial	86
4.7.7 Não admissão da investigação por prospecção e construção do axioma.....	89
4.8 Não há investigação criminal sem mínima publicidade.....	89
4.8.1 Interesse público na divulgação de malfeitos x direito à intimidade/privacidade de investigados (análise da fase pré-processual)	90
4.8.2 Interesse público na divulgação de malfeitos x direito à intimidade/privacidade de réus (análise da fase processual)	92
4.8.3 Publicidade x alvos do sistema de persecução penal	93
4.8.4 Dois casos célebres de falhas estatais verberadas pela mídia	94
4.8.5 Publicidade sem paixões.....	96
4.8.6 A publicidade interna.....	97
4.8.7 A construção do axioma.....	98
5 CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

1 INTRODUÇÃO

Quando se pensa no estudo efetivo da atuação estatal no curso da persecução penal, nota-se lacuna quanto à análise dos limites que devem ser impostos ao estado antes do efetivo início do processo.

A existência de uma rede forte de proteção do cidadão, composta por axiomas¹ que sejam voltados especificamente para a fase pré-processual é um imperativo e esse é o foco do presente trabalho.

Eis o problema a ser enfrentado: a distância entre o quanto normativado (direitos fundamentais e regras processuais penais) e o quanto materializado pelos órgãos de persecução penal (especialmente na fase investigativa). A falta de delimitação da atividade investigativa possibilita a inobservância de direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal de 1988? Ou em outra vertente: o respeito aos direitos fundamentais do cidadão investigado (por meio da observância de axiomas que limitam a atividade investigativa estatal) limita a eficiência da investigação?

A investigação criminal é importante fonte de material probatório utilizado no curso do processo penal (servindo à acusação e à defesa). Assim, a construção de limitações evitaria o reconhecimento da nulidade de elementos informativos e provas nela produzidos, contribuindo para o desenvolvimento de um processo penal que respeite os direitos fundamentais dos envolvidos (especialmente dos acusados).

Isso culminará com o objetivo da pesquisa - extrair axiomas derivados do próprio texto constitucional, aptos a fornecer contornos mínimos a serem observados pelo estado no curso da investigação criminal, para irrestrita observância dos direitos fundamentais do investigado, tratando-o como sujeito de direitos e não como mero objeto da apuração (fazendo com que se afaste a distância entre o quanto normativado e o quanto praticado pelo estado no curso da persecução penal – especificamente no campo investigativo).

O estudo empregará o método hipotético-dedutivo e, como técnica, a pesquisa bibliográfica e documental, com destacada atenção a decisões judiciais.

^{1 1} Axioma, segundo o Dicionário Aurélio, significa: “premissa imediatamente evidente que se admite como universalmente verdadeira sem exigência de demonstração”; ou “máxima, sentença”; ou, ainda, “proposição que se admite como verdadeira porque dela se podem deduzir as proposições de uma teoria ou de um sistema lógico ou matemático”.

O trabalho será estruturado de forma a, a partir do garantismo penal, analisar a atribuição dos órgãos estatais que compõem o sistema brasileiro de persecução penal, o conceito do inquérito policial (posto que o estudo é voltado para fase investigativa materializada pela polícia judiciária), com final criação de axiomas que discutirão os seguintes tópicos: a) necessidade da existência de lei para criação e delimitação de procedimento investigativo (marcos legislativos são imprescindíveis para criar contornos para atuação estatal); b) necessidade de que o procedimento investigativo tramite perante órgão com atribuição constitucional/legal, sob a presidência de autoridade desinteressada; c) necessidade de justa causa para início da investigação (estudo da possibilidade de atuação do aparelho policial em resposta a notícia anônima de crime ou em face de apresentação de detido que praticou fato materialmente atípico, por exemplo); d) necessidade da observância das regras constitucionais e legais para correta coleta de provas (evitando produção de prova ilícita/ilegítima – a prova da materialidade e os indícios de autoria devem ser alicerçados em bases sólidas, com observância estrita do arcabouço legislativo); e) necessidade da observância de regras constitucionais e legais para decretação de medidas investigativas invasivas e que signifiquem mitigação profunda de direitos (evitar decretação de técnicas investigativas invasivas e prisões cautelares sem efetiva demonstração de necessidade); f) necessidade de observar a finalidade investigativa na atuação estatal persecutória pré-processual (execuções extrajudiciais devem ser evitadas e combatidas e o estado não deve investigar por prospecção); g) necessidade de publicidade (ainda que limitada) da investigação (de um lado o cuidado na divulgação de casos criminais, com o fito de evitar linchamento de reputações e antecipação de culpa e, de outro, cientificar, em algum momento, o investigado de que ele foi alvo de procedimento apuratório, possibilitando sua participação ativa, caso assim deseje, no feito).

Esses axiomas (que serão apresentados depois que o sistema de persecução penal brasileiro for analisado) funcionarão como filtros (a própria investigação criminal funciona como filtro para evitar processos desnecessários e abusivos). Premissas que fundam a atuação estatal. O objetivo é que tais filtros sirvam como freios e que o procedimento investigativo resultante da aplicação dos mesmos conduza à colheita de elementos probantes robustos (sem perder de vista a necessária eficiência na elucidação de malfeitos), aptos a deflagrar um processo penal livre de pechas e ilicitudes.

2 TEORIA DO GARANTISMO PENAL, VIOLÊNCIA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

2.1 Síntese do sistema de garantias – os 10 axiomas garantistas

A teoria do garantismo penal foi elaborada por Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão*. A tese do autor italiano se funda em dez axiomas: 1) *nulla poena sine crimine*; 2) *nullum crimen sine lege*; 3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4) *nulla necessitas sine injuria*; 5) *nulla injuria sine actione*; 6) *nulla actio sine culpa*; 7) *nulla culpa sine iudicio*; 8) *nullum iudicium sine accusatione*; 9) *nulla accusatio sine probatione*; 10) *nulla probatio sine defensione*.

Norberto Bobbio, no prefácio do livro *Direito e Razão*², apresenta a obra como uma aposta arrojada: a construção de alicerces estatais que protejam o cidadão contra arbitrariedades, em especial no campo do direito penal. Um sistema que respeite regras estabelecidas, de forma a não atropelar direitos fundamentais do alvo do sistema de persecução.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner³ advertem que o garantismo não tem ligação com mero legalismo, formalismo ou processualismo, sendo falsa a ideia de que quem defende o garantismo propaga a impunidade. Em verdade, no dizer dos doutos, o garantismo (e o Direito) serve para proteger direitos fundamentais.

Os autores⁴ prosseguem, discorrendo que no Brasil há certo preconceito na compreensão do garantismo. Construiu-se uma falsa dicotomia que divide garantistas e não garantistas. Como se quem defendesse o respeito a direitos e garantias fundamentais (garantista) dos alvos da persecução penal fosse favoráveis

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 7.

³ LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobson. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Saraiva, 2013, p. 47.

⁴ JOPES JR, Aury e GLOECKNER, Jacobsen. *Op. cit.*, p. 50.

à impunidade e os identificados como não garantistas fossem os defensores da efetividade do sistema punitivo, reais defensores da sociedade.

A ideia de que quem defende a irrestrita proteção de direitos individuais de cidadãos que são alvo do aparelho estatal punitivo deseja propagação de odiosa impunidade é equivocada. Os próprios atores do sistema de persecução penal devem ter em mente que sua atuação não é incompatível com a observância da Constituição e da legislação em vigor. Ao revés, o que se espera de autoridades constituídas é o respeito ao ordenamento jurídico (sem que isso signifique abrir mão de punir quem efetivamente deva ser punido, nos estritos contornos do devido processo constitucional e legal).

Acerca do garantismo, Salo de Carvalho⁵ sentencia que o sistema proposto por Ferrajoli propõe rompimento com pensamento inquisitorial nas práticas judiciais e administrativas diuturnas, por meio da minimização dos poderes punitivos estatais.

Luigi Ferrajoli sintetiza os axiomas que elaborou com o objetivo de limitar a ação do estado em relação ao réu da seguinte forma:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em reação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no 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 jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade⁶.

Os axiomas demonstram que Ferrajoli⁷ voltou seu estudo à atividade do legislador (por meio de postulados ligados às perguntas: “quando e como punir” - garantias relativas às penas; “quando e como proibir” - garantias relativas ao delito) e ao juízo responsável pela análise do caso criminal (por meio dos postulados ligados à pergunta: “quando e como julgar” - garantias ligadas ao processo).

Sobre o primeiro axioma, *nulla poena sine crimine*, Ferrajoli afirma que “graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*”⁸.

⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 228.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 92.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 339.

Ferrajoli adverte, ainda, acerca da necessidade da prática anterior de delito para ulterior aplicação de penal:

Com efeito, se a prevenção é concebida não somente como fim da pena (o “porquê” punir), senão também como seu critério de aplicação (o “quando” punir), desaparece qualquer razão para ser punido somente pelo que se fez e não também pelo que se é, ou, inclusive pelo que parece ou é possível que se seja, ou pelo que parece que se fez ou que se é, segundo a opinião geral, à qual é destinada a função dissuasória e disciplinatória da pena⁹.

Só se pode movimentar a máquina estatal punitiva quando o agente exterioriza conduta descrita em lei como sendo criminosa. A sanção penal deve ser materializada em resposta ao que o cidadão faz e não pelo que o indivíduo é (é preferir o Direito Penal do fato, em detrimento do Direito Penal do autor).

Francesco Carnelutti¹⁰, deixando claro, de igual modo, a relação de causa e efeito entre a prática anterior de crime e posterior aplicação de pena, adverte:

Entre os dois males agora observados, aprecia-se, porém, uma relação cronológica no sentido de que um desses precede ao outro. Se dois males, ou se quer dizer danos, são simultâneos, nenhum dos dois pode ser uma pena com respeito ao outro. Verdadeiramente, a relação entre delito e pena é tal que o delito é um *prius* e a pena um *posterius*.

Em relação à proporcionalidade da retribuição (em relação ao delito praticado), Carnelutti afirma que “a exigência de que os dois termos do binômio penal, delito e pena, sejam equivalentes, é incontestável”¹¹.

É possível identificar o segundo axioma, *nullum crimen sine lege*, no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal brasileira¹². O artigo 1º do Código Penal repete a redação do texto constitucional (a interpretação deve ser ampliada, vedando-se a criação de contravenção penal e de medida de segurança, senão em virtude de lei).

No dizer de Zaffroni e Pierangeli¹³:

A garantia da legalidade (art. 5º, II e XXXIX, CF/88) tem claro sentido de impedir que alguém seja punido por um fato que, ao tempo do cometimento, não era delito, ou de impedir que ao condenado seja aplicada uma pena mais grave que aquela legalmente prevista ao tempo da realização do fato delituoso. Posto que esse – e não outro – é o objeto da proscricção da lei penal *ex post facto*, o princípio geral da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção, consistente na admissão de efeito retroativo da lei penal mais benigna.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 340.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015, p. 27.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 50.

¹² XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹³ ZAFFARONI, Eugénio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 199.

Tal exigência constitucional é importante garantia contra ações abusivas do estado, vez que só será possível punir o indivíduo que pratica conduta que se amolda perfeitamente ao quanto descrito como proibido pela lei penal incriminadora (ordinária ou complementar) regularmente aprovada pelo Poder Legislativo e em vigor no tempo do crime¹⁴.

Cesare Beccaria¹⁵ já deixava claro (no século XVIII) que “só as leis podem fixar as penas para cada delito; e que somente o legislador tem a autoridade de fazer leis penais, pois, o mesmo representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

O terceiro axioma, *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, reclama necessidade efetiva de lei penal para proteção do bem jurídico¹⁶ (segundo Zaffaroni e Pierangeli, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”¹⁷).

Sobre o postulado, Ferrajoli afirma: “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições”¹⁸.

O direito penal deve ser a última alternativa (*ultima ratio*) do estado para restabelecer a ordem, violada pela prática de fato grave. Sobre o assunto, Salo de Carvalho¹⁹ afirma:

Nesta perspectiva do direito como regulador, o penal surgiria como o mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais gravosos atos. Em razão de a intervenção penal causar sérios danos aos direitos e garantias individuais, estaria limitada apenas aos casos de impossível resolução pelos demais mecanismos de controle social, formais e informais.

A criação desta série de filtros condicionantes da atuação das agências penais decorre da violência inerente às práticas punitivas. Em razão de o poder penal tender sempre ao excesso – seja no plano da elaboração (legislativo), da aplicação (judiciário) ou da execução (executivo) das leis -, sua utilização deveria ocorrer apenas em última instância (*ultima ratio*), nas situações de maior gravidade aos principais interesses sociais.

Para que o legislador decida pela criminalização de uma conduta, é preciso observar²⁰: a) incidência massiva na população (não se criminaliza um fato isolado;

¹⁴ O artigo 4º do Código Penal informa que o tempo do crime é o momento da ação ou omissão.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015, p. 18.

¹⁶ O postulado é reflexo do princípio da lesividade, que reclama que a conduta incriminada por lei deve se traduzir em lesão grave ao bem jurídico tutelado.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit, p. 399.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 426.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. Op. cit, p. 25-26.

é preciso que a conduta se repita); b) incidência aflitiva (o crime deve produzir dor à vítima e à sociedade; é preciso que o fato tenha relevância social); c) persistência espaço-temporal (é preciso que a repetição do crime se dê por lapso temporal relevante); d) consenso acerca de técnicas de enfrentamento (aferição se a utilização do Direito Penal é a melhor trilha para fazer frente à conduta perniciososa).

O quarto postulado, *nulla necessitas sine injuria*, exige efetivo dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, para que exista necessidade da edição de lei penal incriminadora (princípio da lesividade ou ofensividade).

É possível fazer uso do princípio da lesividade/ofensividade em relação a casos concretos (aferição da aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela, para considerar materialmente atípica uma conduta que formalmente seja criminosa, mas que efetivamente não lesione o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador).

O quinto axioma, *nulla injuria sine actione*, denota que é preciso exteriorização de conduta para que exista responsabilização. Os atos internos, pensamentos, intenções, não são objeto do Direito Penal²¹.

É preciso a exteriorização de um ato que guarde relação de causalidade com o resultado, para que seja possível a imputação deste ao autor da conduta (de um lado, o princípio penal da alteridade veda punição de meros atos de cogitação ou de autolesão; de outro, no Brasil, o resultado só é imputado a quem lhe deu causa, nos termos do artigo 13 do Código Penal²²).

No que se refere ao sexto axioma, *nulla actio sine culpa*, cumpre delimitar que ele determina que não pode haver responsabilização criminal sem que o fato seja praticado dolosa²³ ou culposamente²⁴. Segundo Luigi Ferrajoli²⁵:

Por exigir dita condução, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é,

²⁰ FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual Esquemático de Criminologia**. 5ª. edição, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 23.

²¹ Vide artigo 31 do Código Penal: Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

²² Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²³ No artigo 18, I, do Código Penal, a legislação brasileira adotou, em relação ao crime doloso, as teorias da vontade e do assentimento, afirmando haver dolo: “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

²⁴ Nos termos do artigo 18, II, do Código Penal, o crime é culposó “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 447.

realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Sobre a conduta, Zaffaroni e Pierangeli²⁶ afirmam:

O direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto da conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência.

As proposições finais: *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionariedade); *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório); *nulla accusatio sine probatione* (princípio da verificação); e *nulla probatio sine defensione* (princípio da falseabilidade), referem-se a garantias processuais atinentes às questões relativas ao “quando” e “como julgar”.

A materialização do *jus puniendi* (poder/dever do estado de aplicar o direito penal, exercido com exclusividade) só pode ser feita por meio do processo. O inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O processo penal deve ser ditado pelo princípio acusatório (separação entre as funções estatais de acusar e julgar²⁷) e deve ser iniciado pela apresentação de uma denúncia (onde o caso criminal será delimitado) ao Poder Judiciário, com indicação de prova da materialidade e demonstração de indícios de autoria²⁸.

A acusação só pode ser sustentada (e redundar em condenação), caso exista prova²⁹ (produzida sob o crivo do contraditório³⁰) e necessária participação da defesa³¹.

A análise dos axiomas criados por Ferrajoli demonstram que ele não dirigiu postulados à fase investigativa e esse será o objetivo do presente trabalho, já que há possibilidade de prática de grande número de vilipêndios a direitos fundamentais em momento anterior ao início do processo e é preciso que a rede de proteção do cidadão se estenda a toda persecução penal.

A leitura da Constituição Federal demonstra que as premissas do processo garantista estão nela inseridos. Entretanto, na prática, tais premissas findam não sendo observadas (e isso será objeto do próximo tópico) – é preciso cumprir o plano

²⁶ ZAFFAONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 354.

²⁷ Artigos 129, I, e 92 e seguintes da Constituição Federal.

²⁸ Artigo 41 do Código de Processo Penal.

²⁹ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

³⁰ Artigo 155 do Código de Processo Penal – o dispositivo em comento permite a condenação com fulcro na prova colhida exclusivamente na fase pré-processual, desde que ela seja cautelar, não repetível ou antecipada.

³¹ Artigo 261 do Código de Processo Penal e Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

constitucional de vedação do excesso (garantismo negativo) e de proibição da proteção deficiente (garantismo positivo) quando se busca a materialização do poder punitivo estatal.

2.2. Violência e desrespeito aos direitos fundamentais pelo sistema de persecução penal brasileiro

O Brasil é um país de altos índices de criminalidade violenta. Luís Flávio Saporì e Gláucio Ary Dillon Soares³², ressaltando essa constatação, afirmam que no Brasil ocorrem 130 assassinatos por dia (concentrados nas regiões metropolitanas e em cidades de porte médio do interior). Os autores ressaltam que em 90% dos casos há uso de armas de fogo (em muitos casos, as vítimas são alvejadas por mais de cinco disparos) e concluem, sem demonstrar esperança, que “essa violência nossa de cada dia está em ascensão”.

No ano de 2015, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram 58.467 mortes violentas no Brasil. O 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública³³ mostrou que, comparando os anos de 2011 a 2015, o Brasil teve mais mortes violentas que a guerra da Síria (279.567 do lado brasileiro, 256.124 do lado sírio).

Já no ano de 2016, nos termos do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registradas 61.283 mortes violentas intencionais.(aumento de 4% em relação ao ano de 2015).

Sobre a prática de crimes violentos contra o patrimônio, Luís Flávio Saporì e Gláucio Ary Dillon Soares pontuam:

A violência urbana no Brasil não se limita aos homicídios. Os crimes contra o patrimônio, em especial os roubos, também devem ser considerados na análise. Nesse quesito nosso país revela números preocupantes. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil registrou em 2011 aproximadamente um milhão de roubos, o que equivale à taxa de 552 roubos por 100 mil habitantes. E o latrocínio os acompanha de perto, pois representa o roubo seguido de morte. É um tipo de crime que sempre provoca grande clamor popular. O país registrou oficialmente 1.636 latrocínios em 2011 e 1.803 em 2012³⁴.

³² SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon Soares. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora - Editora PUC Minas, 2015, p. 11.

³³ http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf, acesso em setembro de 2017.

³⁴ SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon Soares. Op. cit, p. 17-18.

Nesse contexto, por vezes, a sensação de insegurança (em face da notícia de que são altos os índices de criminalidade), leva ao medo (de ser vítima de crime violento), que redundará em porta aberta para prática de abusos pelo aparelho de persecução penal do Estado, sem maior oposição da opinião pública (em suposta reação à criminalidade violenta) – a polícia brasileira ostenta altos índices de letalidade (morre muito e mata muito – no ano de 2015 foram 358 policiais vítimas de homicídio e 3.320 pessoas mortas em intervenções policiais; no ano de 2016 foram 453 policiais mortos e 4.222 pessoas mortas em intervenções policiais³⁵). Paradoxalmente o clima geral de insegurança faz com que a população seja leniente com abusos eventualmente cometidos pela polícia, desde que a ação repressiva estatal seja voltada ao controle (neutralização) da criminalidade (do criminoso).

O já citado 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública revela que 76% dos brasileiros têm medo de morrer assassinados e 57% da população brasileira acha que bandido bom é bandido morto (é o medo de ser vítima de crime violento levando parte da sociedade à profana conclusão de que o aparelho estatal pode/deve promover execuções extrajudiciais para controlar índices de criminalidade).

Esse receio (que muitas vezes carece de sustentação real), próprio dos seres humanos, é definido por Zygmunt Bauman³⁶ como medo derivado (ou medo de segundo grau):

O “medo derivado” é uma estrutura mental estável que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos que podem se abater sobre nós a qualquer momento com algum ou nenhum aviso) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender com sucesso; o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis do que no volume ou da natureza das ameaças reais). Uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade recorrerá rotineiramente mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o “medo derivado” adquire a capacidade de propulsão.

Falar em respeito aos direitos fundamentais³⁷ ao discutir a atuação do sistema de persecução penal brasileiro parece ser algo muito complexo. O Brasil passou por

³⁵http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2017/12/INFOGRAFICO_ANUARIO_11_2017_Retificado_15-12.pdf, acesso em janeiro de 2018.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9.

³⁷ A terminologia adequada quando se fala nos direitos do homem é tema complexo. Direitos humanos, individuais, públicos subjetivos, fundamentais, dentre outras possibilidades são expressões usadas quando se estuda/explica o rol de direitos do homem dotados de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. A expressão utilizada no presente trabalho será direitos fundamentais, pois a análise se voltará aos direitos reconhecidos e enumerados no ordenamento jurídico brasileiro (essa foi a nomenclatura adotada pelo legislador constituinte no seio da Constituição Federal de 1988 – título II).

tempos difíceis durante a ditadura militar (exemplo concreto de inobservância sistemática de direitos fundamentais dos alvos do sistema persecutório). Nessa época, o aparelho policial era confundido, muitas das vezes, com verdadeiro aparato repressor a serviço da manutenção do poder (não se tinha polícia de Estado, mas de governo). Nas palavras de Ricardo Balestreri³⁸, a polícia era tida como “necessariamente afeta à repressão antidemocrática, à truculência, ao conservadorismo”.

Na obra *Memórias de Uma Guerra Suja*³⁹, o delegado de polícia Cláudio Guerra relata vários crimes cometidos pelo aparato público de persecução penal (tortura, sequestros e execuções extrajudiciais). Eis passagem do livro, que retrata o que o presente trabalho pretende rechaçar enquanto atuação estatal (o trecho trata de tortura e execução extrajudicial de investigado por agente do estado):

Foi em Belo Horizonte. Nestor Veras tinha sido muito torturado e estava agonizando. Eu lhe dei o tiro de misericórdia, na verdade dois, um no peito e outro na cabeça. Quem mais participou da execução? Bem, os detetives investigadores Joãozinho Metropol e Saraiva estavam comigo.

Nestor Veras já estava preso na Delegacia de Furtos de Belo Horizonte. Ele estava bem machucado. Após tirá-lo de lá, o levamos para uma mata e demos os tiros de misericórdia. Foi enterrado por nós.

Ainda se multiplicam notícias de desrespeito aos direitos fundamentais relacionadas ao exercício da atividade policial, tanto no que toca à ação da polícia preventiva (especialmente a polícia militar), quanto no curso de apurações criminais (sob responsabilidade da polícia investigativa). A prática de tortura pelo aparelho policial, por exemplo, ainda é fantasma que atormenta a população. Flávia Piovesan e Fernando Salla⁴⁰, delimitam o problema nos seguintes termos:

A persistência da prática da tortura, no Brasil, continua manchando nossa democracia. O país ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, criou lei específica que torna tortura crime e tem uma avançada Constituição que a repudia. Apesar desses esforços, a prática da tortura ainda faz parte da dinâmica do trabalho policial e do cotidiano das prisões.

Sobre o tema, Ricardo Castilho sentencia que “para superar essa triste realidade que enfrentam as vítimas, pertencentes às camadas pobres da sociedade,

³⁸ BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo Fundo/RS: Paster Editora, 1998.

³⁹ GUERRA, Cláudio, NETTO, Marcelo e MEDEIROS, Rogério. **Memórias de uma guerra suja**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 39.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia; SALLA, Fernando A. **Tortura no Brasil: pesadelo sem fim?** São Paulo: Ciência Hoje – SBPC 176, 2001, p. 30-33.

um enorme esforço político deve se concentrar na luta contra a impunidade dos agressores – principal motivo do aparecimento renovado desses casos”⁴¹.

Humberto Barrionuevo Fabretti afirma, reforçando o quanto desenhado acima:

A criminalidade só faz aumentar e com ela um sentimento de medo e insegurança que acabou por dificultar o reconhecimento da cidadania, pois aqueles que têm medo e se sentem inseguros não usufruem plenamente de sua condição de cidadão, tampouco de segurança. Quando o medo se concretiza e são vitimadas pelo crime, as pessoas têm violado seus direitos fundamentais à propriedade, integridade, dignidade e vida.

Por outro lado, a busca por segurança é tão grande que chega a ponto de legitimar a violação dos direitos fundamentais daqueles potencialmente considerados perigosos, sonogando-lhes todas as promessas constitucionais de democracia⁴².

Analisando o sistema persecutório italiano, Luigi Ferrajoli⁴³ afirma:

Disto deriva uma diferenciação do nosso sistema punitivo, a qual se agrega àquela analisada no capítulo precedente: de um lado o direito penal e processual ordinário, dominado por via de princípio pela estrita legalidade pela estrita submissão à jurisdição, e pelas garantias conexas da não derrogação da jurisdição e taxatividade do fato, das predeterminações legais e da determinação judiciária da medida da pena, da materialidade da ação, da concreta ofensividade do evento, da culpabilidade do autor, da presunção de inocência, do ônus da prova e do contraditório, assim como a motivação, a publicidade, a oralidade, e a legalidade do processo e do procedimento; de outro lado, um direito penal e processual administrativo, de atribuição em grande parte da polícia, mas, também, em parte da magistratura, e dominado de forma ampla pela discricionariedade administrativa. O primeiro é o direito penal e processual em sentido próprio, do qual se falou até agora, com funções de repressão dos crimes por meio das penas aplicadas *post delictum*, por via jurisdicional; o segundo, não menos relevante que o primeiro quanto à incidência sobre a liberdade pessoal, é o direito penal e processual de polícia, com funções de prevenção dos crimes e, de maneira mais geral, das turbações da ordem pública, feito através da defesa social *ante* ou *extra delictum*, aplicando por via administrativa a sujeitos “perigosos” ou “suspeitos”.

É preciso muito cuidado no exercício da atividade policial, com o fito de evitar prática dirigida a indivíduos previamente eleitos como foco da atuação persecutória do Estado. O direito penal brasileiro é caracterizado por ser direito penal do fato e não direito penal do autor. Vale dizer, o sistema de persecução penal deve ser acionado para prevenir e reprimir fatos definidos em lei como crimes ou contravenções e não em face de pessoas que já tenham sido alvo desse mesmo sistema.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem, sob o direito penal do autor (que deve ser evitado):

⁴¹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350.

⁴² FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 705-706.

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.

Luigi Ferrajoli deixa claro a proximidade do direito penal do autor com regimes totalitários:

Não se pode esquecer, todavia – seja pela época e o regime político nos quais foram sistematizados e codificados, seja, sobretudo, pela identidade do esquema teórico que o fundamenta – que estas medidas reafirmam em larga parte um modelo nazista do “tipo normativo de autor” (Tätertip) e aquele staliniano do “inimigo do povo”. O pressuposto geral da sua aplicação não é, de fato, a comissão de um crime, mas uma simples qualidade pessoal determinada vez a vez com critérios puramente potestativos: aquele de “suspeito” ou de “perigoso”, associada muitas vezes a elementos sintomáticos como a condição do condenado, ou do reincidente, ou do ocioso, ou do vagabundo ou similar. A sua natureza, por outro lado, se inscreve naquele mais amplo, indeterminado e variado universo, nascido principalmente das praxes e colocado à margens do direito penal e daquele administrativo que é denominado de direito de polícia⁴⁴.

Não é suficiente que o país, formalmente, adote o direito penal do fato e assegure na sua Constituição e leis direitos e garantias ao alvo do seu sistema persecutório. Se na prática se observam desrespeitos sistemáticos aos direitos fundamentais dos cidadãos cometidos pelo Estado, a proteção outorgada pelo ordenamento jurídico terá sido, evidentemente, ineficiente. Ferrajoli, acerca do distanciamento entre o preconizado no ordenamento jurídico de um país e que é efetivamente materializado na prática, leciona (problema evidenciado no Brasil, onde há vários direitos fundamentais não efetivamente implementados):

Pouco importa que em um país não exista pena de morte se a morte é infligida ilegalmente, como sucede em muitos regimes ditatoriais ou, também, por meios extralegais, como sucede em muitos países avançados nos confrontos constantes e injustificados entre a polícia e os delinquentes. Pouco importa que no processo penal o interrogatório judiciário seja circundado de mil garantias de defesa, se, após, não é sempre admitida, como acontece na Itália, a intervenção do defensor antes do primeiro contato entre o indiciado e a polícia ou com a acusação pública. Pouco importa também que a Constituição garanta em vias de princípio o habeas corpus e o monopólio exclusivo da autoridade judiciária em tema de liberdade pessoa, se as prisões da polícia vêm ilegalmente acontecendo, ou mesmo se à polícia são conferidos, pela mesma lei, poderes largamente discricionários de restrição dessa mesma liberdade. Assim importa, sobretudo, o grau de efetividade do edifício teórico e normativo que é o direito penal e processual, e que os crimes e as penas sejam aqueles estabelecidos pela lei penal, e que a verificação dos primeiros e a irrogação

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 706.

das segundas advenham apenas por obra de autoridade e mediante formas jurisdicionais⁴⁵.

O prefácio do Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais (Direitos Humanos e Aplicação da Lei), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, deixa claro que “quando um responsável pela aplicação da lei viola a lei, o resultado é, não apenas um atentado à dignidade humana e à própria lei, mas também um erguer de barreiras à eficaz atuação da polícia”.

Esse problema é grave (distanciamento observado entre o quanto descrito na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e a prática diuturna dos órgãos de persecução penal) e precisa ser enfrentado. Luigi Ferrajoli prossegue afirmando:

Dessa forma se recoloca, então, a propósito das atividades policiais, o problema prejudicial do garantismo penal: a variação mais ou menos ampla que sempre existe entre normatividade e efetividade, entre direito e praxe, entre imagem legal e funções reais, entre dever ser e ser de um sistema punitivo. Podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja se vínculos legais. O caso limite e dramático acontece quando a variação entre o nível normativo da legalidade e aquele efetivo da realidade alcança as formas terríveis experimentadas nos regimes militares da América Latina. Mas também nos ordenamentos nos quais o princípio da legalidade é formalmente respeitado o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais⁴⁶.

Sobre o tema, Salo de Carvalho⁴⁷ afirma:

Os estudos advindos da sociologia jurídica e da área sociológica da criminologia apontam que a dogmática jurídica, particularmente a penal e a processual penal, não fornece instrumentos suficientes para minimizar a lacuna existente entre a normatividade e a realidade social.

O hiato existente entre o universo jurídico e as expectativas da sociedade, sobretudo das pessoas envolvidas nos conflitos judicializados, é potencializado pela construção despótica, fragmentária e fictícia do processo. O caso em julgamento, portanto, muitas vezes é totalmente outro daquele que foi experimentado/vivenciado pelos sujeitos concretos.

Idêntica preocupação é demonstrada por Norberto Bobbio⁴⁸:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 704-705.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 705.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 65-66.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

É preciso que se diga que a problemática (de desrespeito aos direitos fundamentais pelo estado) se espalha, em verdade, por toda ação de controle social formal⁴⁹ (desde a atuação da polícia ostensiva, até a execução penal, passando pela investigação e pelo processo). As violações cometidas pelo aparelho estatal são materializadas pela eventual ação truculenta da polícia (já mencionada), pelo ínfimo quantitativo de Defensores Públicos (o que gera defesas deficientes e pouco efetivas), pela demora na tramitação dos processos, pelas precárias condições do nosso sistema prisional (prisões que se comparam a masmorras, verdadeiros depósitos fétidos de seres humanos), dentre outras mazelas.

Além do desrespeito à integridade física e à vida do cidadão suspeito da prática de infração penal (tortura e execuções extrajudiciais), há diuturnos ataques estatais à liberdade de locomoção (representados por prisões arbitrárias e/ou desnecessárias – nesse ponto com participação efetiva do Ministério Público e do Judiciário), à intimidade/privacidade (publicidade exacerbada de casos criminais, que finda gerando verdadeira antecipação de culpa e linchamento moral), à ampla defesa (que apesar de mitigada legalmente na fase investigativa, merece mínima observância para, em algum momento, cientificar o investigado de que há procedimento investigativo em curso, oportunizando eventual indicação de elementos probantes a serem buscados com o fito de, eventualmente, checar a versão por ele informada), dentre outros sérios problemas, que findam maculando a atuação do sistema de persecução penal brasileiro.

É preciso repensar a atuação das polícias (que têm papel fundamental no âmbito da persecução penal), sem perder de vista o respeito aos direitos fundamentais do cidadão no curso do processo e mesmo durante a execução penal. Um sistema persecutório carcomido contribui em grande medida para um controle social ineficiente, para índices altos de violência, para a reincidência, dentre outras distorções. Humberto Barrionuevo Fabretti⁵⁰ adverte que:

Atualmente a segurança pública está pensada e ideologicamente estruturada para manutenção da “ordem pública”, sob o pretexto da garantia do “direito à segurança”. Entretanto, essa razão, em vez de prover segurança, tem funcionado como mola propulsora de ações estatais violentas e excludentes, que por sua vez geram mais crimes, mais violência

⁴⁹ No dizer de Sérgio Salomão Shecaira, controle social formal é a instância “identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os consectários de tais agências, como controle legal, penal etc” (**Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56).

⁵⁰ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Op. cit, p. 68.

e mais insegurança, o que acaba por formar um círculo vicioso que se retroalimenta.

A prática delitiva é decorrência de inúmeros fatores. Não é possível identificar uma causa proeminente, que se destaca de todas as outras, como motivo principal da materialização de uma conduta tipificada como crime, até porque os crimes são convenções – será delito a conduta que o legislador tipificar como tal (conceito formal de crime), seguindo as regras constitucionalmente estabelecidas para edição de uma lei penal incriminadora.

Luiz Flávio Sapori e Gláucio Ary Dillon Soares⁵¹, acerca do tema, pontuam:

O que leva alguém a matar, roubar, estuprar, corromper ou ser corrompido? Por que alguns indivíduos adotam comportamentos que violam os padrões morais e legais institucionalizados na sociedade e outros indivíduos não o fazem? Essas indagações provocam debates acalorados que não culminam em desfechos consensuais. Ao contrário, suscitam posturas polarizadas, ora concebendo o criminoso como vítima da sociedade perversa e injusta, ora como ser patológico a ser extirpado do convívio social.

A atuação do aparelho estatal de persecução penal não é voltada às causas do crime (variadas, como dito), mas às consequências (daí porque não é correto pensar que a redução dos índices de criminalidade pode ser alcançada, tão somente, com os olhos voltados para repressão).

Mesmo tendo plena ciência de que não é somente por meio do direito penal (ou do processo penal), nem, isoladamente, pela maior e mais incisiva ação dos órgãos de controle social formal do estado que o número de crimes será reduzido a patamares aceitáveis (não há como pensar em uma sociedade completamente livre de práticas delitogênicas), é preciso voltar os olhos para nossos órgãos de persecução e para os princípios e regras que gravitam ao seu redor.

A eficiência desse sistema (mesmo não sendo a única solução do problema) impacta positivamente no controle da criminalidade, na medida em que se afasta a possibilidade de impunidade e, em alguma medida, pode contribuir para prevenir futuras práticas delitogênicas e para minimizar a reincidência (além de refletir no aumento do nível de confiança do cidadão no aparelho persecutório, estabelecendo raízes para necessária aproximação estado/comunidade). Acerca do tema (confiança da população no aparelho policial), Humberto Barrionuevo Fabretti⁵² assevera que:

A percepção social de que a polícia não respeita a lei e os direitos do cidadão é tamanha que em uma pesquisa realizada pelo IPEA em 2010

⁵¹ SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon Soares. Op. cit, p. 35.

⁵² FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Op. cit, p. 76.

(Pesquisa SIPS) constatou-se que, das pessoas indagadas se “a polícia respeita os direitos do cidadão”: 4,4% “concordam plenamente”; 32,4% “concordam”; 52,7% “discordam”; 10,5% “discordam plenamente”. Ou seja, de forma geral, 63,2% da população acredita que a polícia não respeita seus direitos.

O 10º Anuário de Segurança Pública⁵³ revela que, ao tempo em que 50% da população afirma que a polícia militar é eficiente no cumprimento do seu mister de materializar patrulhamento ostensivo, 59% dos brasileiros têm medo de ser vítima do mesmo aparelho estatal. Ao passo em que 52% dos entrevistados afirmaram que a polícia civil é eficiente no esclarecimento de crimes, 53% da população declarou que tem medo de ser vítima de abusos praticados pela polícia judiciária.

As pesquisas referidas são um importante indicador de que parte considerável da população teme a ação abusiva do aparelho policial. É inegável que o estrito respeito aos direitos dos cidadãos (tanto do suspeito da prática de crime, quanto da própria vítima) certamente contribuiria para modificar esse panorama.

É preciso muita atenção com o fervor na busca, a todo custo, da aplicação da lei penal. É necessário lembrar que a atuação estatal lidará com direitos muito caros ao cidadão, tais quais vida, liberdade, integridade física, intimidade, privacidade, dentre outros. Não é possível pensar que os fins justificam os meios e que a pretensa busca pela verdade real deve justificar atropelo a direitos fundamentais. Será necessário abandonar, de uma vez por todas, o modelo baseado na antiga inquisição⁵⁴, assim retratado por Salo de Carvalho⁵⁵:

As duas principais obras das Inquisições (romano-germânica e espanhola) fornecerão as chaves da leitura que definirão procedimentos baseados em denúncias anônimas e vagas, em estruturas probatórias centradas na confissão e na busca da verdade material, bem como na prisão processual como regra.

O autor revela a materialização destes procedimentos (inquisitórios) “a partir do imperativo de controle conjunto da criminalidade comum e da heresia (crime de consciência), o mecanismo permite a ampliação do rol de culpáveis, englobando em sua persecução quaisquer atos de oposição aos saberes oficiais”⁵⁶.

O sistema inquisitivo era calcado nas seguintes premissas:

(a) o caráter universal das denúncias, ou seja, não mais restritas à vítima ou aos seus familiares e interessados; b) o sigilo da identidade do delator

⁵³ http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf, acesso em setembro de 2017.

⁵⁴ Em que pese vivermos sob o manto de um sistema processual acusatório (caracterizado pela separação entre as funções estatais de acusar e julgar), contraditório (audiência bilateral), público e com garantia de ampla defesa, por vezes ainda se constata investigações permeadas de práticas semelhantes às adotadas pela inquisição.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. Op. cit, p. 136.

⁵⁶ CARVALHO, Salo de. Op. cit, p. 137.

(noticiante); c) a inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito ao magistrado realização a imputação, produzir prova e decidir o caso; (d) o sistema tarifado de provas, com a conseqüente graduação da culpabilidade, na qual a confissão recebe valor supremo (*regina probatio*); e (e) a autorização irrestrita para o uso da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de prova.

A importância da tortura está intimamente ligada ao objetivo de alcance e descoberta da verdade. Confissão (e delação), na qualidade de prova máxima, induzia o uso das técnicas de suplício⁵⁷.

As práticas e técnicas comuns no sistema inquisitivo não podem ser admitidas sob a égide de nossa constituição. A Constituição Federal de 1988 delimita a atuação estatal no curso da investigação e isso deve ser observado para que o resultado do trabalho investigativo não seja fruto de violência contra o cidadão investigado. A profissionalização do aparelho policial e o abandono de técnicas que redundem em violações é um imperativo.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 138.

3 A SEGURANÇA PÚBLICA, O SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO E O INQUÉRITO POLICIAL

3.1 Introito

O presente capítulo tem em mira apresentar o desenho do sistema de persecução penal brasileiro.

Em primeiro lugar, parte-se da análise da segurança pública. A seguir serão explicitados os órgãos que compõem o sistema de persecução penal, com breve apresentação das principais atribuições de cada um deles, concluindo com a conceituação do inquérito policial, procedimento investigativo eleito pelo legislador brasileiro como principal meio de coleta de provas da prática de infrações penais.

3.2. Segurança pública

A segurança pública é direito constitucionalmente consagrado (figura no rol dos direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁵⁸). De logo, é preciso que se advirta que falar de segurança pública (e da redução dos índices de criminalidade) não se resume a discutir o quantitativo das forças públicas responsáveis por tentar prover a paz.

Não há como garantir tal direito social satisfatoriamente (impactando de maneira efetiva na prevenção de delitos e no controle das taxas de criminalidade) sem que se volte os olhos aos demais direitos grafados no mesmo artigo constitucional. É preciso que o Estado garanta acesso à educação, à saúde, ao lazer, ao emprego, à moradia, ao transporte, dentre outros importantes direitos. Aliás, quanto menos o Estado se atenta para direitos outros da população, maior será a necessidade de investimento na área de segurança (mormente na repressão ao crime⁵⁹).

⁵⁸ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁹ O crime não tem um nascedouro determinado. Apesar de não ser possível concluir que o delito é consequência da desigualdade social ou que eventual desorganização espacial impacta decisivamente para o aumento da criminalidade (as teorias desenvolvidas pela criminologia com o passar dos anos parecem se complementar), a atuação prévia e efetiva do Estado provendo necessidades fundamentais dos seus cidadãos parece contribuir para melhor e maior controle de índices criminais (especialmente a criminalidade mais violenta), vez que pode dar alternativas lícitas ao cidadão, distanciando-o da atração de grupos criminosos.

Bauman⁶⁰, acerca dos perigos que conduzem ao medo, assevera:

Os perigos dos quais se tem medo (e também os medos derivados que estimulam) pode ser de três tipos. Alguns ameaçam o corpo e as propriedades. Outros são de natureza mais geral, ameaçando a durabilidade da ordem social e a confiabilidade nela, da qual depende a segurança do sustento (renda, emprego) ou mesma da sobrevivência no caso de invalidez ou velhice. Depois vêm os perigos que ameaçam o lugar da pessoa no mundo – a posição hierárquica social, a identidade (de classe, de gênero, ética, religiosa).

Analisando os três tipos de perigo sublinhados por Bauman (ameaça ao corpo/propriedade; ameaça a durabilidade da ordem social e a confiabilidade nela; ameaça ao lugar da pessoa no mundo) sob a ótica do artigo 6º da Constituição Federal (rol de direitos sociais), vê-se que o Estado brasileiro protege de maneira muito ineficiente grande parte de seus cidadãos contra os dois últimos. Resta a proteção quanto ao primeiro perigo, intrinsecamente ligado à segurança pública, o que certamente significará uma proteção insuficiente (mesmo em relação ao controle de índices de criminalidade, já que a proteção contra os dois outros perigos tem reflexos diretos na prática crimes). Nessa linha, o autor arremata:

O Estado, por exemplo, tendo encontrado sua *raison d'être* e seu direito à obediência dos cidadãos na promessa de protegê-los das ameaças à existência, porém não mais capaz de cumpri-la (particularmente a promessa de defesa contra os perigos do segundo e terceiro tipos) – nem de reafirmá-la responsabilmente em vista da rápida globalização e dos mercados crescentemente extraterritoriais -, é obrigado a mudar a ênfase da “proteção contra o medo” dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal. O Estado então “rebaixa” a luta contra os medos para o domínio da “política de vida”, dirigida e administrada individualmente, ao mesmo tempo em que adquire o suprimento de armas de combate no mercado de consumo⁶¹.

Luís Flávio Sapori e Gláucio Ary Dillon Soares⁶² pontuam que:

O crime é fenômeno social complexo, não podendo ser compreendido pela representação simplória de que este ou aquele fator é sua causa determinante. A diversidade das teorias criminológicas evidencia que é mais prudente tratar o crime como produto de múltiplas causalidades, o que não significa ignorar a influência das condições socioeconômicas, incluindo pobreza e desigualdade.

Os autores, referindo-se agora às propostas usualmente apresentadas como aptas a reduzir índices de criminalidade, afirmam que:

As propostas mais comuns, no Brasil, oscilam entre as que defendem o maior rigor da lei na punição dos criminosos e as que enfatizam a necessidade de medidas sociais e preventivas para evitar que a exclusão social leve as pessoas para o crime⁶³.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit, p. 10.

⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit, p. 10.

⁶² SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon. Op. cit, p. 62.

⁶³ SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon. Op. cit, p. 36.

Humberto Barrionuevo Fabretti deixa claro:

A segurança é uma das grandes pretensões das sociedades ocidentais, que buscam mediante o desenvolvimento de estratégias de controle precaver-se dos riscos inerentes ao nosso tempo. Especificamente no que se refere ao risco de ser vítima de um crime, há uma suposição de que o Estado, em particular o Direito Penal, deve dar a resposta e prover a tão almejada segurança⁶⁴.

O autor faz interessante evolução histórica do que se entende por segurança pública, passando da segurança individual (primordialmente individual, em momento anterior à Revolução Francesa) à segurança militar (proteção do estado contra ataques externos, a partir do século XIX), da segurança humana (foca no indivíduo como principal beneficiário, voltando a proteção estatal a um conceito ampliado de segurança – em face da pobreza, fome, dentre outros ataques/males) à segurança cidadã. Acerca desta última acepção, Fabretti afirma:

A expressão “segurança cidadã” ganhou força para marcar a diferença entre as políticas de segurança desenvolvidas durante os regimes autoritários e as desenvolvidas depois das transições para regimes democráticos, de forma que o diferencial entre as duas concepções não pode limitar-se à existência ou não de uma democracia eleitoral, mas sim no fato de as novas políticas serem pautadas pela transparência, participação popular, subordinação à lei e respeito à cidadania e aos direitos humanos⁶⁵.

E arremata:

Os desafios possíveis à segurança cidadã são infinitos variando desde a preservação dos espaços públicos, melhoria das atividades policiais e do sistema de justiça criminal, até a eliminação absoluta da criminalidade organizada transnacional⁶⁶.

A segurança desejada, nos termos defendidos por Fabretti, é a segurança como prestação de um serviço público de qualidade, pautada pela observância dos direitos fundamentais dos envolvidos (autor do fato e vítima) e que não se oriente pura e tão somente pela garantia da ordem pública a qualquer custo.

A noção de que os órgãos de persecução penal prestam um serviço público e que, como tal, deve-se buscar a maximização da qualidade no atendimento aos envolvidos é interessante e faz com que o trabalho das forças estatais que lidam com a aplicação da lei penal ganhe em técnica, contribuindo para um melhor resultado (a ideia de que o aparelho de persecução atuará nos estritos limites da lei é muito importante para que a população confie no trabalho dos órgãos de controle

⁶⁴ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Op. cit., p. 44.

⁶⁵ FABRETTI, Humberto Barrienuovo. Op. cit., p. 67.

⁶⁶ FABRETTI, Humberto Barrienuovo. Op. cit., p. 68.

social formal e isso impacta positivamente na redução da cifra oculta⁶⁷, no maior fornecimento de informações acerca da prática de crimes por parte da sociedade, dentre outros aspectos).

3.3 O sistema de persecução penal brasileiro

Em nível constitucional, os artigos 144 e seguintes da Constituição Federal informam os órgãos que compõem o sistema de segurança pública (aliando estes a outros dispositivos constitucionais, podemos constatar os contornos do sistema de persecução penal brasileiro). Citado dispositivo deixa claro que a segurança pública se traduz em “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Os órgãos que têm a missão constitucional de garantir a segurança pública podem ser divididos em dois grupos: a polícia preventiva (ostensiva) e a polícia investigativa (velada, descaracterizada, investigativa).

Luigi Ferrajoli, acerca das funções primordiais da polícia, sentencia:

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 aos ilícitos administrativos, a atividade de prevenção de uns e de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração⁶⁸.

A polícia preventiva é ostensiva, seus integrantes usam fardas, circulam com armas à mostra e suas viaturas são caracterizadas (demonstram claramente que o veículo é policial), tudo voltado à materialização do seu fim precípua: a prevenção do delito. Esse aparelho policial atua para desestimular o cidadão a cometer crimes pela presença clara e visível do estado. Nele estão inseridos a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal e as polícias militares dos estados.

A polícia investigativa ou judiciária⁶⁹ (polícias civis dos estados e a polícia federal) é responsável pela apuração de infrações penais. O objetivo é elucidar fatos supostamente criminosos, identificando seus autores (caso se detecte que efetivamente foi praticado um delito). O fruto da investigação pode ser utilizado pelo órgão acusador oficial (Ministério Público) para subsidiar o oferecimento de denúncia (objetivando aplicação do poder-dever de punir do estado).

⁶⁷ Também conhecida como cifra negra. É a diferença entre quantidade de ilícitos praticados efetivamente e os que chegam, formalmente, ao conhecimento dos órgãos públicos de persecução.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 709.

⁶⁹ As polícias que cuidam da investigação são conhecidas como polícias judiciárias, porque uma das suas tarefas é cumprir ordens emanadas do Poder Judiciário (buscas, prisões, dentre outras).

Sobre a atuação da polícia investigativa, sua separação da polícia preventiva e a necessária garantia da sua independência, Ferrajoli⁷⁰ afirma:

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.

O sistema de persecução penal brasileiro é composto, ainda, pelo Ministério Público, que exerce a função de acusador oficial, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal⁷¹.

Em face da adoção, em nosso país, do sistema acusatório, há separação constitucional das funções estatais de acusar (cometida ao Ministério Público) e julgar (a competência para julgar os casos criminais é do Poder Judiciário, em suas diferentes especializações e instâncias – artigos 92 e seguintes da Constituição Federal).

Melhor conceituando o sistema acusatório, Luigi Ferrajoli⁷² esclarece:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.

Salo de Carvalho⁷³, sobre o sistema acusatório, esclarece:

A estrutura acusatória, fundada em procedimentos de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração triádica instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação da imputação, carga da prova e direito de defesa) e secundárias (publicidade, oralidade, legalidade e motivação).

Alexandre Morais da Rosa⁷⁴, diferenciando o modelo inquisitivo do acusatório, afirma:

No modelo Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa responsabilidade é dos jogadores, sem que possa exercer papel de protagonismo. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op cit, p. 709.

⁷¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 519-520.

⁷³ CARVALHO, Salo de. Op. cit, p. 165.

⁷⁴ DA ROSA, Alexandre Morais. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 287.

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) delimita os órgãos que compõem a execução penal (responsáveis pelo cumprimento das sentenças condenatórias definitivas, com a aplicação concreta das penas impostas nestas).

É muito importante que não se perca de vista a divisão constitucional de atribuições dos atores que compõem o sistema penal. A usurpação das atribuições de um órgão por outro deve ser evitada, porque pode resultar em ofensa a direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. A melhor solução é fornecer adequada estrutura a todas as instituições, de forma que cada uma delas exerça corretamente suas funções, nos exatos termos do ordenamento jurídico.

O sistema constitucional de persecução penal que se extrai da Constituição Federal brasileira de 1988 contemplou a especialização dos órgãos e a repartição de funções do patrulhamento ostensivo à execução da pena.

Em que pese parecer racionalmente construído, tal sistema é bastante contestado. Trata-se, afinal, de um sistema correto ou equivocado?

Em verdade, a diuturna impressão de que o sistema desenhado na Constituição Federal não funciona talvez decorra do fato de que ele nunca foi materializado efetivamente.

A polícia ostensiva deveria ser apta a dar ao cidadão sensação de segurança pela sua presença e a desestimular a prática delitiva, por meio da atuação de um efetivo suficiente para permitir o patrulhamento ostensivo em áreas consideradas críticas (centro comercial e locais onde a criminalidade é mais violenta, segundo as estatísticas de registros de ocorrências policiais), que esse efetivo fosse bem treinado e tivesse noções acerca de respeito aos direitos fundamentais, que houvesse equipamentos adequados (letal, menos letal, de controle de distúrbio civil, dentre outros), salários dignos para os que devotam sua vida à proteção da população (para minimizar o subemprego e dificultar a corrupção), a atuação forte e isenta das corregedorias e dos órgãos de controle externo (de forma a coibir eventuais desvios). Luís Flávio Sapori e Gláucio Ary Dillon Soares⁷⁵ asseveram:

O efetivo policial, quando distribuído nos locais e horários de maior incidência de criminalidade (zonas quentes de criminalidade), é capaz de reduzir a ocorrência do fenômeno. A presença de policiais fardados, patrulhando diariamente vias públicas, reduz as oportunidades para o cometimento de crimes.

⁷⁵ SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon. Op. cit, p. 84.

A polícia investigativa deveria ter efetivo suficiente para responder às apurações de sua alçada (quantitativo razoável de delegados de polícia e demais policiais), investir na preparação técnica dos seus integrantes (formação voltada ao respeito dos direitos individuais e à profícua coleta de provas da prática delitiva), ter perícia equipada e bem treinada (a prova pericial é importante arma para elucidação de crimes), delegacias confortáveis para receber vítimas e acomodar policiais, salário atrativo, equipamentos adequados (equipamentos discretos, viaturas e armas, por exemplo), corregedoria e órgãos de controle externo atuantes.

O Ministério Público e o Poder Judiciário deveriam ter membros e servidores suficientes para dar vazão aos casos criminais com celeridade, evitando demora excessiva no trâmite de processos (o que desrespeita o direito fundamental à razoável duração do processo⁷⁶).

Por fim, o sistema de execução penal deveria ter estabelecimentos penais adequados aos termos da Lei 7.210/84, evitando a superlotação carcerária e o desrespeito aos direitos fundamentais dos condenados.

O sistema de persecução penal, caso materializado corretamente permitiria que, percebida uma infração que deixa vestígios, por exemplo, a cena fosse bem isolada (nos exatos termos do artigo 6º, I, do Código de Processo Penal); a perícia fosse efetivada de maneira profícua (com o fito de cumprir o quanto determinado pelo artigo 158⁷⁷, evitar a utilização do artigo 167⁷⁸ e a funesta consequência descrita no artigo 564, III, b⁷⁹, todos do Código de Processo Penal); policiais bem treinados fossem a campo entrevistar pessoas, colher imagens de câmeras e coligir elementos outros que auxiliassem a autoridade policial a elucidar o fato; que eventuais situações flagranciais fossem solucionadas rapidamente, para que a polícia ostensiva voltasse rapidamente às ruas, dentre outros aspectos.

No sistema adotado pelo Brasil, o caso criminal é encaminhado ao Judiciário (artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal), que abre vista do procedimento

⁷⁶ O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal afirma: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷⁷ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁷⁸ Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

⁷⁹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167.

investigativo ao órgão acusador oficial, o Ministério Público (artigo 129 da Constituição Federal e 24 do Código de Processo Penal). Entendendo haver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, o órgão deve propor denúncia⁸⁰, delimitando o fato imputado e arrolando testemunhas.

A seguir, o Poder Judiciário decide se há elementos para início do processo e recebe ou não a denúncia (o artigo 395 do Código de Processo Penal enumera as hipóteses de rejeição da inicial acusatória). Recebida a denúncia, o processo passa a se desenvolver sob o manto do contraditório e da ampla defesa, com a participação obrigatório de advogado (ou da Defensoria Pública, caso o réu seja pobre), até pronunciamento final do julgador (em face do qual há possibilidades recursais, até o final trânsito em julgado da sentença – condenatória ou absolutória).

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, os órgãos da execução penal deveriam fazer valer a decisão judicial, seguindo o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade (do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, até a concessão final da liberdade – por meio do livramento condicional ou da extinção da pena), atendendo aos objetivos ecléticos da punição (retribuição, prevenção e ressocialização).

Vê-se que se trata de sistema equilibrado (de base acusatória), com efetiva divisão de atribuições conferida a órgãos distintos (evitando, com isso, concentração de poder) e com múltiplas possibilidades de supervisão (a polícia é fiscalizada pelo Ministério Público⁸¹ e observada pela defesa, caso o investigado constitua advogado para acompanhar a investigação⁸²; o juízo pode ter suas decisões desafiadas por recursos interpostos pelas partes⁸³ e a execução penal, conduzida pelo Poder Judiciário, é acompanhada pelo Ministério Público e pela defesa do sentenciado – que são ouvidos e podem recorrer das decisões tomadas pelo juízo das execuções).

Entrementes, como o sistema finda não sendo materializado da forma que deveria, é evidente que ele enfrenta problemas (baixo efetivo policial, falta de equipamentos e de capacitação, demora no julgamento dos casos criminais, superpopulação carcerária, dentre outras mazelas).

⁸⁰ A inicial acusatória deve observar os requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

⁸¹ O controle externo da atividade policial é exercido pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, VII, da Constituição Federal.

⁸² O artigo 14 do Código de Processo Penal e o artigo 7º, incisos XIV e XXI, da Lei 8.906/94, são exemplos da atuação do advogado constituído pelo investigado/indiciado durante o inquérito policial.

⁸³ Em que pese não expressamente previsto na Constituição Federal, o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser extraído das possibilidades recursais afirmadas no texto constitucional e no Código de Processo Penal.

Eventual ineficiência decorrente da falta de investimento efetivo dá espaço ao aparecimento de soluções outras, não autorizadas pelo legislador constituinte originário. É o caso do ciclo completo de polícia⁸⁴ para as polícias ostensivas, investigação criminal direta presidida pelo Ministério Público⁸⁵, dentre outras possibilidades, discutidas como alternativas para melhoria da resposta dada pelo sistema de persecução penal à população.

Fazer o sistema funcionar (o desenhado pelo constituinte de 1988 ou qualquer outro que venha a ser criado em sua substituição) exige grande esforço estatal, que redundará em grandes gastos públicos.

Ainda assim (com o incremento de todo o sistema de persecução penal), o Estado alcançaria apenas parte da solução (considerando o objetivo central de diminuir os índices de criminalidade). Como dito supra, tal objetivo não é alcançado apenas por meio da efetiva ação do sistema preventivo/repressivo. Se não houver foco na educação, na saúde, no estímulo à geração de empregos, no lazer, no saneamento básico, dentre outros pontos (criando alternativas lícitas para o cidadão e afastando-o da atração perniciosa de grupos criminosos que cooptam pessoas que não têm esperança de existência digna, forjada no trabalho e apoiada pelo Estado), não se avançará de maneira efetiva no enfrentamento da criminalidade.

3.4. O inquérito policial

Como o foco do presente trabalho é a fase investigativa policial, cumpre definir inquérito policial (já que o legislador constituinte brasileiro optou pela investigação preliminar policial):

Em rápidas linhas, inquérito policial pode ser conceituado como procedimento administrativo, sigiloso, escrito, inquisitivo, dispensável, elaborado pela polícia judiciária (presidido por delegado de polícia de carreira), que tem por objetivo elucidar fato supostamente criminoso⁸⁶.

O procedimento é delimitado pelos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal e pela Lei 12.830/13.

⁸⁴ Ciclo completo, em rápidas palavras, significa uma mesma instituição policial cuidar da ocorrência desde a fase preventiva/ostensiva até a apuratória/repressiva. Permitiria, por exemplo, que a polícia militar registrasse, apurasse e remetesse ao Poder Judiciário (e, em última análise, ao órgão acusador oficial) suas conclusões acerca de ocorrência por ela atendida.

⁸⁵ Não se desconhece a adoção da investigação direta presidida por membro do Ministério Público mundo afora, a crítica (que será melhor explicada alhures) é para tal possibilidade no bojo do sistema constitucional brasileiro.

⁸⁶ SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial – Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual**. Campinas/SP: Millennium Editora, 2016, p. 17.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, subscrita pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, assevera, acerca do inquérito policial:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução.

Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas.

Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

Nos termos da exposição de motivos do Código de Processo Penal, o inquérito policial é importante filtro para evitar ações penais desarrazoadas, sem suporte em elementos mínimos de convicção que demonstrem a existência do crime e quem foi seu autor (e isso é uma importante garantia do cidadão).

Fica claro que o legislador brasileiro optou pela investigação materializada pela polícia, deixando de lado a ideia do juízo de instrução (que caracterizaria adoção do sistema processual misto).

Sobre essa escolha (apuração criminal conduzida pela polícia), Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner⁸⁷ afirmam:

O sistema de investigação preliminar policial caracteriza-se por encarregar à Polícia Judiciária o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e a suposta autoria, apontados na *notitia criminis* ou através de qualquer outra fonte de informação. Todas as informações sobre os delitos públicos são canalizadas para a polícia, que decidirá e estabelecerá qual será a linha de investigação a ser seguida, isto é, que atos e de que forma. Produzirá ela mesma as provas técnicas que julgar necessárias, decidindo também quem será ouvido, como e quando. Para aqueles atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais – prisões cautelares, buscas domiciliares, intervenções corporais, telefônicas etc. – deverá solicitar autorização ao órgão jurisdicional.

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

A análise dos elementos do conceito acima construído revela que o inquérito é procedimento administrativo porque tramita em órgão policial, que faz parte do Poder Executivo. A determinação de diligências no curso do feito é materializada discricionariamente pelo delegado de polícia (diferente do processo, não há sequência concatenada de atos legalmente determinada).

O inquérito é sigiloso por determinação do artigo 20 do Código de Processo Penal⁸⁸ (tal sigilo, em regra, não pode ser oposto ao advogado do investigado, em relação às diligências ultimadas e já juntadas aos autos, nos termos do artigo 7º, XIV, da Lei 8.096/94⁸⁹). O sigilo é imprescindível para efetiva investigação do fato supostamente delituoso e deve ser mantido até certo ponto (quando a hipótese criminal investigada no bojo do feito for corroborada por certo cabedal probante, o investigado deve ser cientificado da existência do inquérito para trazer ao feito sua versão e dele participar ativamente). No capítulo seguinte o sigilo na fase investigativa será discutido de maneira mais aprofundada.

O procedimento é escrito em atenção ao artigo 9º do Código de Processo Penal⁹⁰. O dispositivo se refere à necessidade de formalizar os atos praticados no

⁸⁷ LOPES JR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit, p. 127-128.

⁸⁸ Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

⁸⁹ Acerca do direito de acesso do advogado aos autos do inquérito policial, conferir a Súmula Vinculante 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁹⁰ Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

curso da investigação (até para que se observe a efetiva obediência à forma legalmente determinada para prática do mesmo).

O inquérito é inquisitivo (melhor dizer investigativo, para que não se entenda ser possível ofensa a direitos fundamentais do investigado, como observado no sistema processual inquisitivo) porque nele não vigora o princípio do contraditório (não há, ainda, acusação formalmente formulada pelo estado, nem partes). A acusação é formulada, em nosso sistema acusatório, pelo Ministério Público, por meio da apresentação de uma denúncia. A partir do recebimento da denúncia pelo Judiciário e a citação do réu para apresentação de defesa escrita (no procedimento ordinário) é que o contraditório passa a ser obrigatório.

O princípio da ampla defesa, de igual sorte, não tem aplicação plena na fase investigativa (o investigado pode propor diligências, mas estas serão avaliadas pelo delegado discricionariamente, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal).

O inquérito é dispensável, porque o titular da ação penal (Ministério Público nas ações penais públicas ou o ofendido nas ações penais privadas) pode dispensar o procedimento enquanto fonte de elementos que demonstrem prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. É preciso que se diga que, em que pese dispensável pelo titular da ação penal, a instauração do inquérito é obrigatória⁹¹ e indisponível⁹² quando se investiga crime de ação penal pública incondicionada, nos termos do artigo 5º, I, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa⁹³:

A Autoridade Policial, ao tomar conhecimento de um fato criminoso, nos termos dos arts. 4º.e sgts., do Código de Processo Penal, deve instaurar Inquérito Policial. Sempre. Não há exceção, salvo diligências preliminares em face de denúncia anônima ou decorrente de Boletim de Ocorrência.

O inquérito é confeccionado pela polícia investigativa (civis e federal) e tramita sob a presidência do delegado de polícia, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.830/13⁹⁴.

O seu objetivo precípuo é elucidar fato supostamente criminoso. Mais adiante se dirá que a notícia de crime apresentada ao aparelho policial nem sempre é

⁹¹ Havendo indícios da prática de crime punido com ação penal pública incondicionada, a instauração de inquérito policial deve ser materializada.

⁹² O delegado de polícia não pode determinar o arquivamento do inquérito policial.

⁹³ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit. página 415.

⁹⁴ § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

efetivamente criminosa (o fato pode ser materialmente atípico, o autor pode ter atuado sob o manto de excludente de ilicitude, dentre outras possibilidades). A polícia deverá, então, depois da instauração formal do feito, materializar diligências com o objetivo de descortinar o fato (corroborando ou não a hipótese criminal construída a partir da notícia recebida). Caso se detecte que há crime, o objetivo do inquérito passa a ser coletar prova da materialidade delitiva (demonstrar que o crime ocorreu) e coligir indícios suficientes de autoria (individualizando o autor do fato delituoso).

O inquérito policial é iniciado por meio de portaria (peça que não ostenta grande rigor formal, que delimita o fato a ser investigado e indica diligências preliminares a serem materializadas para elucidar o fato) ou pela confecção de auto de prisão em flagrante delito (peça complexa que formaliza a prisão de alguém em estado flagrancial – as hipóteses que admitem prisão em flagrante estão listadas no artigo 302 do Código de Processo Penal).

Nos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal há lista (exemplificativa) de diligências que podem ser determinadas pelo delegado de polícia no curso do inquérito policial (sem sequência definida). A listagem não é taxativa porque há diversas outras possibilidades investigativas ali não indicadas (afastamento de sigilo bancário, fiscal, telefônico, infiltração policial, colaboração premiada, dentre outras). A única diligência obrigatória, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal⁹⁵, é o exame de corpo de delito⁹⁶ (direito ou indireto) nos crimes que deixam vestígio.

Instruído o feito, o delegado de polícia deverá decidir se indiciará ou não o investigado, nos termos do § 6º, do artigo 2º, da Lei 12.830/13⁹⁷. O ato (devidamente fundamentado) de indiciamento significa apontar o investigado como o autor do fato apurado (imputação do delito ao investigado), nos termos do material probante coligido no curso do inquérito policial.

Por fim, deve o inquérito policial ser relatado (o relatório é a peça técnica, elaborada pelo delegado de polícia, que põe termo ao procedimento) e enviado ao juízo competente, nos termos do artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal.

⁹⁵ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁹⁶ Corpo de delito são os elementos sensíveis deixados pela prática do crime (modificações operadas pelo crime no mundo dos fatos). Exame de corpo de delito é a perícia feita no corpo de delito.

⁹⁷ § 6º. O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Caso restem diligências a serem materializadas, elas podem ser requisitadas pelo Ministério Público, na forma do artigo 16 do Código de Processo Penal⁹⁸.

Ultimada a investigação criminal policial, o inquérito pode, basicamente, ser usado como base para oferta de denúncia ou pode ser arquivado, por ordem do juiz, a pedido do Ministério Público.

⁹⁸ Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

4 PELA NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE AXIOMAS QUE ORIENTEM A ATUAÇÃO ESTATAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

4.1 Introito

Há muita preocupação, atenção e estudo em relação à atuação dos órgãos de persecução penal no curso do processo (e mesmo em face de momento ainda anterior - o da produção legislativa em matéria criminal), mas há incômoda lacuna em relação à construção de limites e freios para atuação estatal na fase pré-processual. Ferrajoli adverte que “o direito de polícia, por direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos”⁹⁹.

A importância do tema (estudo aprofundado da fase investigativa) é maximizada se o processo penal brasileiro for desnudado, sem paixões. A investigação policial é alvo de severas críticas e o procedimento investigativo confeccionado pelas polícias civis e federal, o inquérito policial, é muito desacreditado (como se a fase anterior ao início do processo fosse sobremaneira desimportante e despicienda).

Em que pese ser o inquérito policial dispensável à propositura da ação penal no sistema processual penal brasileiro¹⁰⁰, via de regra, o procedimento policial investigativo é utilizado como cabedal probante apto a justificar a confecção da denúncia.

Aliás, é preciso que se diga que quando o inquérito é usado como lastro para denúncia (para limitar a discussão à ação penal pública), os elementos nele contidos são utilizados tanto pela acusação quanto pela defesa no curso do processo e findam delineando a atuação futura das partes (o acusador oficial não é o destinatário único do procedimento, vez que o delegado de polícia, no uso de sua atividade intelectual, pode concluir pela atipicidade material da conduta, existência de causa excludente de ilicitude, ocorrência da prescrição, dentre outras possibilidades que atendem à defesa do investigado).

Não é usual que se discuta no processo fato ou prova não cotejada no curso das investigações (daí porque a importância do inquérito deve ser reforçada e a

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 708.

¹⁰⁰ Tal assertiva pode ser demonstrada pelo estudo do artigo 12 do Código de Processo Penal: “Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

ideia superficial de que se trata de mera fase preliminar e dispensável merece ser repensada). Deixando de lado o mito da busca da verdade real (já que o contorno dos fatos debatido no processo será, mais das vezes, o desenhado pelo aparelho estatal que investigou o caso e que a verdade real pode, por diversas razões, passar ao largo de tal apuração), é preciso construir um conjunto de limitações para o exercício da atuação estatal por meio de postulados que sejam válidos para qualquer investigação criminal, com o objetivo de que a fase pré-processual não se transmude em verdadeiro martírio para o investigado (palco para cometimento de violações por parte do estado).

Neste sentido, Alexandre Morais da Rosa¹⁰¹:

Aparentemente o jogo somente se inicia com a denúncia. Todavia, reside justamente na atuação do órgão investigador, na maioria das vezes, o ponto de virada das expectativas de comportamento, até porque o conjunto de cartas probatórias da acusação, em geral, é produzido na fase de investigação preliminar. Além disso há protagonismo no ambiente da delação/colaboração premiada. Desde as relações que se estabelecem com os agentes de força pública, a vítima e investigado, bem assim com o advogado, tudo pode modificar o curso do caso penal. A atitude ativa ou passiva pode ser determinante na apuração das provas necessárias à verificação da conduta imputada. Portanto, joga-se muito na fase de pré-jogo. As Garantias Constitucionais e Convencionais devem incidir na investigação preliminar.

Mais adiante, o autor¹⁰² arremata:

A atitude investigatória da autoridade condutora das investigações poderá ser fundamental, ou não, ao êxito de uma condenação. A simples desídia no levantamento no local do crime ou a não requisição de perícia pode acarretar em sérias consequências à materialidade da infração investigada, assim como o tino, a inteligência e o tirocínio na elaboração das linhas investigativas. No pré-jogo processual podem ser realizadas jogadas táticas importantes, vinculadas à estratégia. A prova pericial, por exemplo, na sua ampla maioria, será produzida nesse momento. Daí a importância de se conhecer os meios, requisitos e modalidades de impugnação.

Fixada a importância da atuação da polícia na fase pré-processual (e, portanto, a necessidade de estudo para criação de freios para limitar sua atuação, evitando inobservância de direitos fundamentais), é necessário grafar que o aparelho policial precisa ser respeitado e não temido. É preciso ter em mente que eventual atuação violenta se volta, na maioria esmagadora dos casos, contra as camadas mais vulneráveis da população. É fragilizar ainda mais a parcela da sociedade que já é marginalizada por outras formas de omissão estatal (falta de

¹⁰¹ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit, p. 409-410.

¹⁰² DA ROSA, Alexandre Morais, Op. cit, p. 413.

educação de qualidade, saúde, iluminação pública, saneamento básico, por exemplo).

Esse ciclo pernicioso precisa ser quebrado. E só o será quando as polícias perceberem que elas devem figurar, em verdade, como as primeiras garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos (tanto do suspeito da prática delitiva, quanto da vítima).

A atuação profissional, balizada nos exatos termos da lei (e seguindo os princípios/axiomas aqui delimitados), oportunizará a correta coleta de elementos probantes aptos a demonstrar a responsabilidade do infrator em futuro processo, evitará ataques aos direitos do suspeito e a chamada vitimização secundária - nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, esse fenômeno é “um derivativo das relações existentes entre as vítimas primárias e o Estado em face do aparato repressivo (polícia, burocratização do sistema, falta de sensibilidade dos operadores do direito envolvidos com alguns processos bastante delicados etc.)”¹⁰³.

A metodologia, os elementos informativos e as provas coligidas na investigação policial devem ser acessíveis ao investigado (seja por intermédio do advogado por ele constituído ou não) e, em algum momento do inquérito¹⁰⁴, é preciso que ele se torne ator do procedimento (não como mero objeto da investigação, mas como cidadão que merece ter seus direitos respeitados e que deve ter a oportunidade de indicar elementos de convicção aptos a reforçar sua versão – artigo 14 do Código de Processo Penal).

Evita-se com isso a cena retratada por Franz Kafka na obra *O Processo*. Eis trecho do livro em questão,¹⁰⁵ que bem delimita o que deve ser, a todo custo, rechaçado (a passagem faz referência à detenção de Josef K., personagem principal, momento em que nada lhe é explicado, figurando o alvo da atuação estatal como mero objeto de investigação, despido de seu efetivo papel de cidadão, senhor de direitos a serem observados):

Não nos cabe explicar isso. Volte para seu quarto e espere ali. O inquérito está em curso, de modo que se inteirará de tudo em seu tempo devido. Saiba que exorbito de minhas atribuições ao falar-lhe tão amistosamente. Confio, porém, em que apenas me ouça Franz, o qual, igualmente, infringindo todas as regras, mostra-se-lhe muito cordial. Se você continua

¹⁰³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit, p. 55.

¹⁰⁴ Em algum momento, porque o procedimento investigativo tem natureza sigilosa. Quando o sigilo não mais for necessário ao trâmite da apuração, é imperativo que o investigado tenha oportunidade de se manifestar acerca dos elementos colhidos, antes do fecho do inquérito.

¹⁰⁵ KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 41.

tendo tanta sorte como na designação de seus guardas pode alimentar esperanças.

Tal preocupação é explicitada por Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹⁰⁶ (os autores falam da distância de juízes, promotores e serventuários da justiça da população, mas tal horizonte pode ser ampliado para abarcar a polícia):

Os membros do Estado – juízes, promotores e auxiliares da Justiça – movem-se em um cenário que lhes é familiar, com a indiferença de quem só cumpre mais uma tarefa rotineira. Utilizam uma indumentária, vocabulário e todo um ritualismo que contribui de forma definitiva para que o indivíduo adquira a plena consciência de sua inferioridade. Dessa forma, o mais forte é convertido no mais impotente dos homens diante da supremacia punitiva estatal.

Eis relato de Salo de Carvalho¹⁰⁷ sobre a distância às vezes observada entre o que se discute no processo (ou no inquérito) e o que de fato ocorreu (mito da verdade real) e da diferença entre o normatizado (dever ser) e o materializado pelo estado (ser):

Os estudos advindos da sociologia jurídica e da área sociológica da criminologia apontam que a dogmática jurídica, particularmente a penal e a processual penal, não fornece instrumentos suficientes para minimizar a lacuna existente entre a normatividade e realidade social.

O hiato existente entre o universo jurídico e as expectativas da sociedade, sobretudo das pessoas envolvidas nos conflitos juridicalizados, é potencializado pela construção despótica, fragmentárias e fictícia do processo. O caso em julgamento, portanto, muitas vezes é totalmente outro daquele que foi experimentado/vivenciado pelos sujeitos concretos.

A seguir, serão desenhados os axiomas pensados para limitar a atuação do estado na fase investigativa, com o fito de maximizar direitos fundamentais do cidadão brasileiro e aproximar o quanto normatizado da realidade das delegacias de polícia, cuidando para que o caso criminal seja retratado fielmente e sem máculas (nulidades) no inquérito (evitando o cenário acima desenhado).

4.2. Não há procedimento investigativo sem lei que o crie e o delimite

O primeiro postulado proposto é voltado para o Poder Legislativo. Trata da necessidade da existência de lei em sentido estrito (complementar ou ordinária) para efetiva existência de procedimento investigativo. O objetivo do axioma é delimitar os contornos do apuratório, para que tanto o Estado, quanto os investigados conheçam previamente o órgão onde tramitará o procedimento, quem é a autoridade que o

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobson. Op. cit, p. 115.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo. Op. cit, p. 65-66.

preside, como os atos serão praticados, dentre outros aspectos importantes para evitar abusos do poder público contra o cidadão.

O objetivo da delimitação ser feita por lei em sentido estrito é evitar oscilações indevidas (que poderiam ocorrer mais facilmente se a regulamentação for manejada por meio de resolução, por exemplo). A outra faceta do contorno criado por lei é evitar que o próprio órgão crie e altere o procedimento investigatório ao seu próprio alvedrio, independente do Congresso Nacional.

Em primeiro plano, é preciso deixar claro que, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre processo (aí incluído o processo penal). Assim é que o axioma aqui proposto seria mera observância de regra cogente imposta pela nossa Lei Maior.

Constatado que é competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, tem-se que a criação ou alteração de procedimentos investigativos (por serem regras de processo penal) só podem ocorrer por meio da edição de lei federal, editada pelo Poder Legislativo.

Há, destarte, ofensa ao axioma aqui proposto, por exemplo, na regulamentação da investigação direta manejada pelo Ministério Público (por meio de apuratório deflagrado e presidido pelo órgão) no Brasil, porque o procedimento foi criado e delimitado por meio de resolução do próprio órgão (duas falhas graves: criação/regulamentação feita por meio de ato infralegal; ato de criação/regulamentação editado pelo próprio órgão responsável pela investigação).

A Resolução 181/2017 do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público¹⁰⁸, criou e regulamentou o procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público, nos seguintes termos:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado 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.

Além de afrontar a competência privativa da União, tem-se o inconveniente da auto-regulamentação (note-se que, no fim das contas, como não existe procedimento criminal investigatório criado por lei que autorize o Ministério Público a investigar diretamente, é possível inferir que o órgão deu a ele mesmo atribuição

¹⁰⁸ A resolução 13 do CNMP, que regulamentava a investigação criminal direta pelo Ministério Público, foi revogada pela resolução 181.

investigativa e regulou como essa atribuição seria materializada – o que parece ser teratológico¹⁰⁹).

Alexandre Morais da Rosa¹¹⁰ sentencia:

A investigação preliminar é alvo de controvérsias. Para o que interessa aqui, como atividade exercida pelo Estado em face da invasão de Direitos Fundamentais, somente pode se dar por meio de Instituições reconhecidas pela normatividade, ou seja, não se pode investigar fora do contexto democrático. O perigo de se atribuir a Instituições não previstas expressamente em lei o poder de investigar é o desse dar o fenômeno da cegueira deliberada das provas que não são interessantes à estratégia eleita, por efeito de dissonância cognitiva. É importante certo afastamento objetivo, subjetivo e cognitivo do Estado-Investigador, sob pena de sedução pelas hipóteses imaginadas.

O presente tópico não afasta a possibilidade de, uma vez criado e delimitado por lei o procedimento investigativo, o órgão com atribuição legalmente conferida edite atos internos para fazer cumprir o mandamento legal (desde que, por óbvio, a regulamentação não signifique atentado ao quanto determinado na lei).

É possível, assim, construir o primeiro postulado garantista aplicável à fase investigativa: não há procedimento investigativo sem lei que o crie e o delimite.

4.3. Não há investigação criminal sem presidência de autoridade imparcial, imparcial e desinteressada, em procedimento que tramite em órgão com atribuição investigativa outorgada pela Constituição Federal ou pela legislação;

O presente tópico reclama novo estudo do sistema constitucional de persecução penal brasileiro (objeto do capítulo anterior). A Constituição Federal determinou a seguinte repartição de atribuições/competências: a) órgãos incumbidos de atribuição preventiva, cuja função precípua é, por meio da sua presença ostensiva, impedir a prática de crimes (polícias militares, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal); b) órgãos com atribuição investigativa, com a responsabilidade de investigar práticas delitivas materializadas a despeito da atuação da polícia preventiva, elucidando-as por meio da revelação de indícios de autoria e prova da materialidade, caso se constate que efetivamente foi cometida infração penal (polícias civis e federal); c) órgão com atribuição para manejo da

¹⁰⁹ A investigação direta materializada pelo Ministério Público será avaliada, com mais profundidade, no próximo axioma.

¹¹⁰ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit, p. 419.

acusação oficial, mediante confecção de denúncia em face dos autores dos crimes elucidados pelo aparelho policial (Ministério Público); d) órgão de defesa de hipossuficientes, cuja atribuição é materializar a defesa técnica de réus que não podem custear advogados (Defensoria Pública); e) órgão com competência para julgar casos criminais (Poder Judiciário); f) órgãos que atuam na execução de comandos condenatórios oriundos do Poder Judiciário (órgãos que atuam na execução penal).

O sistema é balanceado, porque não cumula (como regra) atribuições, evitando concentração de poder. As autoridades públicas que comandam os órgãos não têm sua atuação vinculada ao entendimento verberado pelos outros órgãos e há sistemas de controle interno e externo.

Analisando a fase investigativa, foco do presente trabalho, é preciso discutir a possibilidade de, com os olhos voltados para o sistema desenhado pelo legislador constituinte brasileiro, se é possível a investigação direta presidida pelo Ministério Público e se nossa legislação admite apuração manejada pela polícia preventiva.

A investigação criminal direta manejada pelo Ministério Público é tema que divide a doutrina e a jurisprudência. Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido, em sede de recurso com repercussão geral, ser possível dita investigação direta, tal entendimento não sepulta a discussão jurídica e acadêmica da matéria.

O tema foi enfrentado no bojo do recurso extraordinário 593727/MG, julgado em plenário em 14 de maio de 2015. Restou decidido, por maioria, ser possível ao Ministério Público investigar diretamente, por sua própria autoridade, infrações penais. Eis o julgado:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4.

Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria¹¹¹.

Os defensores da investigação direta presidida pelo Ministério Público (a exemplo de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹¹² e Fernando Capez¹¹³) sustentam sua posição em dois argumentos favoráveis: a) teoria dos poderes implícitos; b) a ideia de que, quem pode o mais (acusar) pode o menos (investigar).

O primeiro argumento (teoria dos poderes implícitos) reza que o rol de atribuições do Ministério Público (artigo 129 da Lei Maior), é exemplificativo e que existem poderes outros que podem ser extraídos da análise da Constituição Federal, dentre eles a possibilidade de materialização de investigação direta. Tal teoria é aceita tanto pelo Supremo Tribunal Federal (julgado transcrito acima), quanto pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹⁴.

Rebatendo a aplicação da teoria dos poderes implícitos como fundamento autorizador da investigação direta do Ministério Público, Anderson Souza Daura¹¹⁵ assevera:

Ocorre que a aplicação da teoria norte-americana é, em parte, equivocada, pois no momento de sua invocação para o direito pátrio, “esqueceu-se” de fazer a devida ressalva que necessariamente a acompanha: da impossibilidade de conferir tal poder implícito quando a própria constituição já designou a atribuição pretendida a outro órgão. Se em um texto constitucional existe a fixação de alguma competência, para determinada entidade, nada mais correto que lhe atribuir os instrumentos para atingir tal

¹¹¹ STF, RE 593727/MG, relator Min. Cezar Peluso, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2015.

¹¹² TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**: Juspodivm, 2010, p. 89.

¹¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**: Saraiva, 2010, p. 147.

¹¹⁴ RHC 42.742/SC, relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014.

¹¹⁵ DAURA, Anderson Souza. Op. cit, p. 87.

fim, exceto se a própria Lei Maior também já fixou quem teria tal mister específico, ou seja, no caso, a Polícia Judiciária. Trata-se de regra basilar de interpretação constitucional conhecida como princípio da repartição funcional pelo qual se impõe ao intérprete o dever de considerar que a Lei Maior organiza a estrutura do Estado, “regulando e distribuindo funções” (MAGALHÃES FILHO 2002, p. 80), pelos inúmeros órgãos que compõem o Estado de forma funcional lógica, organizada e integrada mas não sobrepondo ou se desvirtuando funções como almeja o Ministério Público em relações às atividades investigatórias.

A adoção da teoria dos poderes implícitos interpreta que a atribuição investigativa se funda na premissa de que o rol do artigo 129 da Constituição Federal é uma lista aberta. Todavia, o poder de investigar, a criação e delimitação de procedimento investigativo, devem estar expressamente previstos na Constituição Federal (para que o cidadão conheça, de antemão, quem o poderá investigar criminalmente) e na legislação de regência (a atribuição investigativa, assim, deve ser fundada em regras explícitas).

Eis a lista de atribuições do Ministério Público desenhada no artigo 129 da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O estudo do dispositivo transcrito supra revela claramente que a atribuição investigativa na seara criminal não foi conferida pelo legislador constituinte originário ao Ministério Público (importante salientar que a atribuição para presidir inquérito

civil foi outorgada expressamente no bojo do dispositivo analisado, o que reforça o desejo do legislador magno de não emprestar atribuição relativa à investigação criminal ao órgão¹¹⁶). Destarte, não há regra constitucional que autorize a materialização de investigação direta, por meio de procedimento instaurado e presidido por promotor/procurador.

Se regra não há, é possível concluir, aplicando a técnica da subsunção, que, ante a inexistência de expesso dispositivo autorizador (e constatando que a atribuição investigativa no campo criminal é atribuída expressamente às polícias investigativas), o Ministério Público não deve apurar crimes diretamente.

Quanto ao segundo argumento, seus defensores afirmam que processar é mais que investigar. A ideia de que quem pode o mais pode o menos se funda no fato de que “o mais” é a fase processual e “o menos” é a investigação. Por ser titular da ação penal pública (ostentar a figura de acusador oficial), o Ministério Público estaria autorizado a conduzir investigação criminal direta que fundamentasse o oferecimento de exordial acusatória. A construção é equivocada.

Qual a função “mais importante”: investigar, acusar, defender ou julgar? A resposta que parece mais acertada é: não há proeminência ou hierarquia entre tais funções. Cada uma delas é singular e importante no sistema de persecução penal. A investigação tem o papel de elucidar o fato praticado, trazendo a lume prova da materialidade (demonstrar que o crime, de fato, ocorreu) e indícios de autoria; a acusação faz com que o outrora investigado/indiciado se transmude em denunciado, levando o caso criminal à análise do juízo; a defesa é indispensável no curso da fase processual e concretiza direitos fundamentais do cidadão brasileiro (ampla defesa e contraditório); o julgamento decide o caso criminal, concluindo se o réu é inocente ou culpado.

Certamente as funções de investigar e acusar não podem ser mensuradas em sua importância e magnitude. É absolutamente falso dizer que acusar é mais que investigar. São atribuições estatais distintas e igualmente importantes, que foram cometidas constitucionalmente a órgãos diversos. Apenas isso.

¹¹⁶ O constituinte foi claro e expesso quando disse da atribuição do Ministério Público para presidir inquérito civil, no inciso III, do artigo 129, da Constituição Federal. Qual seria, então, a razão de não ter feito o mesmo em relação a procedimento pré-processual inquisitivo criminal? A resposta é simplória: porque não desejou outorgar tal atribuição ao órgão.

Atento a essa assertiva (de que não existe função preponderante no curso da persecução), o legislador magno conferiu cada uma dessas importantes atribuições a órgãos diferentes (e isso evita concentração de poder). A função de investigar restou cometida às polícias investigativas (civil e federal); a função de acusar (acusador oficial) foi confiada ao Ministério Público; a função de defender, quando o réu for pobre, foi conferida à Defensoria Pública (caso o réu não seja pobre, ela será exercida por advogados); e a função de julgar foi outorgada ao Poder Judiciário.

A decisão política foi correta, porque equilibrou o sistema. Em que pese ser possível aos órgãos estatais interagir no curso da investigação ou do processo, suas funções primordiais foram definidas e separadas pela Carta da República.

O sistema processual brasileiro¹¹⁷, como dito supra, em que pese ser passível de ajustes, é, na essência, bom. Desde a fase pré-processual até a judicial, temos a participação de pelo menos três órgãos estatais (em caso de indiciado/réu pobre, há possibilidade de participação de um quarto, a Defensoria Pública, órgão incumbido da defesa de réus pobres) – a polícia (estado-investigação), o Ministério Público (estado-acusação) e o Poder Judiciário (estado-juiz), sendo que a atuação destes é bem delimitada pela Constituição Federal e pela legislação de regência.

O sistema pensado pelo constituinte é dotado de freios: o trabalho investigativo da polícia (materializado com o fito de elucidar prática supostamente delituosa) pode ser acompanhado de perto pelo Ministério Público e pela defesa do investigado¹¹⁸ (já que o inquérito não é unidirecional) e medidas cautelares invasivas devem ser representadas ao Judiciário (interceptação telefônica, busca e apreensão, infiltração policial, dentre outras); a atuação do Ministério Público enquanto parte (acusador oficial) é avaliada pelo juiz (que deferirá ou não seus pleitos) e pela defesa (que, por meio do exercício do direito ao contraditório, poderá apresentar antítese argumentativa) – as mesmas possibilidades (em leitura ao revés) podem ser observadas em relação à atuação da defesa enquanto parte processual; por fim, a atuação do Estado-juiz é acompanhada de perto pelas partes (acusação e defesa) e

¹¹⁷ Como já ventilado, o Brasil adotou o sistema processual acusatório. Nele há separação das funções de acusar e julgar (tais atribuições/competências são conferidas a órgãos diferentes).

¹¹⁸ A presença da defesa técnica na fase pré-processual tem sido cada vez mais observada pela legislação brasileira. Dois exemplos: a) o parágrafo único, do artigo 23, da Lei 12.850/13, afirma que o advogado do investigado terá vista dos autos pelo menos três dias antes da data marcada para oitiva em investigações que tratem de crimes praticados por organizações criminosas; b) o inciso XXI, do artigo 7º, da Lei 8.906/94, diz que há nulidade absoluta (da oitiva e dos atos subsequentes) se o advogado for impedido de acompanhar seu cliente quando este for ouvido no curso do inquérito policial.

eventuais decisões equivocadas podem ser corrigidas por meio do manejo de recursos às instâncias superiores.

A possibilidade de o Ministério Público presidir investigação afeta o sistema de controle acima deduzido, vez que o apuratório por ele produzido terá como destinatário o próprio órgão (e se traduz em evidente concentração indevida de atribuições importantes) – por isso a proposta do presente axioma, no sentido de que a investigação seja feita por órgão que não terá interesse na futura ação penal.

Cumpra-se breve explicação acerca dos termos imparcialidade, imparcialidade, neutralidade e desinteresse. Imparcialidade¹¹⁹ significa não ser parte, imparcialidade é o afastamento subjetivo (dos envolvidos) e objetivo (do caso apurado), exigido da autoridade investigante e do magistrado no futuro processo; neutralidade é algo utópico (cada pessoa carrega suas ideias pré-concebidas e é difícil imaginar um ser humano neutro); desinteresse, nos termos que serão aqui tratados, é não ter necessidade de defender, em momento posterior, o trabalho desenvolvido.

O ser humano não se despe de suas impressões pré-concebidas nas suas avaliações e no exercício das suas funções (por isso é extremamente difícil reclamar neutralidade dos atores pré-processuais e processuais). Não é crível que alguém que logrou êxito em determinado concurso público ou que foi nomeado para exercer relevante função pública se transmude em pessoa superior às outras, dotada de característica estranha à própria natureza humana – a neutralidade. No Brasil, as premissas para ocupar cargo no Ministério Público são idênticas às reclamadas para o ingresso na magistratura e para o exercício do cargo de delegado de polícia. Logo, o critério a ser analisado para dotar o órgão de atribuição investigativa não é suposta aura outorgada a seus membros depois da assunção no cargo, mas a posição do próprio órgão no sistema de persecução (o interesse futuro do órgão no resultado do trabalho investigativo) e o afastamento subjetivo (em relação aos envolvidos – suposto autor do fato e vítima) e objetivo (do fato apurado) da autoridade.

Nota-se que o Ministério Público será parte no futuro processo (problema quanto à parcialidade), e, por isso, terá interesse em defender o resultado do seu trabalho mais à frente, no curso do processo (não é órgão desinteressado).

¹¹⁹ Cf. GOLDSCHMIDT, Werner. **La Omiparcialidad como Principio Básico del Proceso**. Revista de Derecho Procesal, n.2, 1950, p. 208-21.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹²⁰ afirmam:

Outro gravíssimo inconveniente é a construção da instituição como parte imparcial. Se, no plano teórico-doutrinal, a lição de Werner Goldschmidt (anteriormente exposta) é sedutora, está equivocada, e esbarra num problema insuperável: a fragilidade do homem que é chamado a desempenhar tal função.

Mais adiante, os autores asseveram, com precisão (caso se admita a investigação manejada por membro do Ministério Público):

Pela lógica, se o juiz instrutor é considerado prevenido, e, como tal, comprometida está sua imparcialidade, e por isso não atua no processo penal, o mesmo sucederá com o promotor (que mecanismos de proteção ele poderá possuir que o diferenciem do juiz?). Sem dúvida que, para os defensores da imparcialidade do MP, a figura do promotor investigador leva – obrigatoriamente – à conclusão de que essa mesma pessoa que investigou não poderá acusar no processo, pois sua imparcialidade está comprometida por toda uma série de atos e julgamentos que realizou no curso da investigação preliminar. Das duas uma: ou se repensa a imparcialidade do MP; ou se proíbe que o mesmo agente investigue e acuse, porque isso é absolutamente incompatível com a defendida imparcialidade sobre a qual está atualmente estruturada a participação processual do Parquet. Em síntese, um promotor investiga e outro acusa¹²¹.

Eis posição idêntica à manifestada pelos autores citados:

A possibilidade do MP presidir investigação afeta o sistema de controle acima deduzido e retira, a meu ver, a independência e a imparcialidade na colheita da prova, vez que esta terá como destinatário o próprio MP. Importantíssimo salientar que não é possível juridicamente que o mesmo membro do Ministério Público presida a investigação pré-processual e, após, ofereça denúncia. Seria clara afronta ao artigo 258 cumulado com artigo 252, II, ambos do CPP, vez que, como presidente de procedimento investigativo o promotor/procurador da República finda atuando como se autoridade policial fosse e o Caderno Processual Penal afirma expressamente que tal situação se traduz em causa de impedimento (o CPP veda que uma pessoa atue como delegado de polícia e depois funcione como membro do MP no mesmo feito). Anote-se que tal situação não é protegida pela já citada Súmula 234 do STJ (o verbete fala em participação na investigação e não na condução direta de procedimento instaurado no âmbito do MP). A finalidade da hipótese de impedimento (atuar como delegado de polícia e órgão do MP no mesmo feito) é justamente evitar cumulação indevida de funções estatais distintas no seio do processo penal (situação eleita pelo legislador como deletéria a nosso sistema processual)¹²².

Frise-se que a polícia judiciária não é personagem do futuro processo penal e isso dá a ela um maior grau de distanciamento, vez que mais adiante não terá que defender no feito (processo) o resultado de sua investigação, como parte. O compromisso do aparelho policial na fase investigativa é com a elucidação do fato (é possível, como já declinado supra, que se conclua que o fato praticado não foi

¹²⁰ LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit, p. 162.

¹²¹ LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit, p. 165.

¹²² SILVA, Márcio Alberto Gomes. Op. cit, p. 64.

criminoso e isso servirá à defesa – os elementos colhidos pela polícia no seio de investigação criminal podem ser indistintamente utilizados por ambas as partes no curso do futuro processo).

Sobre a imparcialidade do magistrado (que pode tranquilamente ser transportada para o presidente do procedimento investigativo), Alexandre Morais da Rosa¹²³ afirma:

O julgador ignora os fatos, mas não é neutro, já que possui suas conotações políticas, religiosas, ideológicas, etc., mas deve ser imparcial cognitivamente: afastamento subjetivo dos jogadores e objetivo do caso penal. A questão, portanto, vincula-se à originalidade cognitiva da temática submetida ao julgamento. Com Aury Lopes Jr, afirmei que não há neutralidade porque se trata de um juiz-no-mundo. Mas deve haver imparcialidade, um afastamento estrutural, um estranhamento em relação ao caso penal em julgamento, aquilo que os italianos chamam de *terzietà* (alheamento, ser um terceiro desinteressado).

Também falando sobre a imparcialidade do magistrado, Ferrajoli¹²⁴ sentencia:

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.

Transportando o dever de imparcialidade para a fase investigativa, o que se tem é que a autoridade que a preside deve manter posição de distanciamento dos personagens envolvidos com o caso apurado (autor do fato e vítima), do próprio fato investigado e não nutrir interesse por um ou outro resultado (conclusão de que o caso é crime ou não; que o investigado foi o autor da infração investigada ou não). Como o Ministério Público será parte no futuro processo (acusador oficial) e por isso terá que se apoiar e defender o resultado do trabalho investigativo, não há como concluir que é possível assegurar sua imparcialidade e desinteresse na presidência de procedimento apuratório.

Há ainda profundo problema de ordem pragmática no que toca à investigação direta do Ministério Público no sistema brasileiro de persecução penal: o órgão não possui corpo auxiliar treinado, equipado e com atribuição para materialização de atos investigativos.

¹²³ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit, p. 614-615.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 534.

Investigar não se traduz, tão somente, em solicitar documentos e ouvir pessoas. A atividade investigativa reclama materialização de vigilâncias, fotografar e filmar encontros e entregas ilícitas, analisar ligações fruto de interceptação telefônica, dentre outras diligências que são umbilicalmente ligadas à atividade diuturna do aparelho policial (e aos agentes públicos que fizeram concurso e foram treinados pelo estado para o desempenho destas funções).

Não parece possível que o Ministério Público consiga materializar a contento investigação que reclame mínimo trabalho de campo e de análise de dados sem o apoio de equipe auxiliar tal qual a existente no seio das polícias judiciárias (agentes, escrivães, papiloscopistas e peritos).

Caso a investigação direta pelo Ministério Público fosse autorizada constitucionalmente, três alternativas poderiam conferir efetividade a dita atribuição (todas desapegadas do atual texto da Constituição Federal): a) o órgão precisaria ser aparelhado com estrutura humana capaz de investigar (o que demanda criação de cargos específicos, com atribuições semelhantes às dos agentes de polícia, inclusive previsão de porte de arma, e posterior realização de concurso público para provimento dos mesmos), ser dotado de viaturas caracterizadas e descaracterizadas (especialmente equipadas para servir à atividade investigativa), criação de setores de inteligência com servidores aptos a analisar dados (resultantes de quebras de sigilo), criar grupo tático treinado para cumprir ordens judiciais em locais sensíveis, dentre outras providências. Isso significaria replicar estrutura já existente (nas polícias judiciárias), redundando em gastos desnecessários e injustificados; b) transformar as polícias judiciárias em polícias ministeriais (os procedimentos investigativos criminais seriam dirigidos pelo Ministério Público e as diligências efetivas de investigação seriam materializadas pelas atuais estruturas das polícias civis e federal). A saída não é boa e esbarra na já aludida e funesta concentração de atribuições importantes, superdimensionando o órgão e contrariando a lógica traçada pelo legislador constituinte; c) transmutar a polícia militar ou a polícia rodoviária federal, ostensivas por determinação constitucional e destinadas a prevenir o fenômeno delitôgeno, em aparelhos investigativos auxiliares do Ministério Público, mediante requisição de servidores de tais forças para materialização de

trabalhos investigativos (subversão ainda mais violenta da ordem constitucional, vez que significa dotar a polícia preventiva de atribuição que ela não possui¹²⁵).

Outro problema muito sério do ponto de vista jurídico é que, na prática, permitir que o Ministério Público apure diretamente infrações penais dá ao órgão um poder que hoje não é conferido às polícias judiciárias e que, uma vez mais, desequilibra o sistema de persecução penal: o de escolher o que e quando investigar.

As polícias judiciárias, no atual sistema desenhado no Código de Processo Penal, são obrigadas a instaurar procedimento investigativo sempre que há notícia da prática de crime de ação penal pública incondicionada (inteligência do artigo 5º, I, do CPP). O Ministério Público, ao revés (caso se admita a investigação direta em nosso sistema processual), tem a possibilidade de pinçar os crimes que deseja apurar (os delitos que o órgão não quiser investigar diretamente certamente serão objeto de requisições dirigidas à polícia).

No fim das contas, hipoteticamente falando, o intrincado esquema de desvio de verbas públicas pode, a juízo do Ministério Público, transmudar-se em procedimento investigativo tocado no âmbito do órgão e a simplória prática de crime de falso testemunho no âmbito da Justiça do Trabalho, por igual crivo discricionário e sem qualquer tipo de controle, pode se transformar em requisição dirigida à polícia judiciária.

A falta de controle em relação ao que pode ser objeto de investigação direta caso esta seja efetivamente incorporada em nosso sistema de persecução penal (por meio de alteração da Constituição Federal e de criação e delimitação do procedimento por meio de lei, tal qual defendido no presente trabalho) é problema que precisa ser enfrentado. Não se pode admitir a prevalência do Ministério Público em relação à polícia judiciária no exercício da atividade investigativa, destinando o que for complexo e instigante àquele órgão e o que for banal e simplório a este.

Não é razoável, de igual sorte, que se permita materialização de investigações voltadas a elucidar o mesmo fato supostamente criminoso por órgãos estatais distintos (tal permissão faria com que fosse possível que o estado chegasse a duas conclusões diametralmente opostas em face do mesmo caso criminal, o que seria teratológico). Evidentemente tal realidade redundaria em considerável

¹²⁵ Alhures, ainda no presente tópico, será analisada a possibilidade de confecção de procedimento investigativo pela polícia preventiva.

complicador para o exercício do direito de defesa do investigado (ainda que não exista contraditório na fase investigativa e que a ampla defesa não seja materializada por completo neste momento, o presente trabalho defende efetiva participação do investigado no bojo do procedimento, caso ele opte pelo acompanhamento próximo do trabalho e das conclusões do estado-investigação).

Caso se detecte que há investigação iniciada por qualquer dos órgãos estatais¹²⁶ (polícia ou Ministério Público), a melhor solução é preservar o procedimento mais antigo e arquivar o mais recente (independente de quem tinha deflagrado primeiro o apuratório). Tudo com o fito de evitar a esquizofrenia estatal representada pela possibilidade retratada supra (conclusões opostas frente ao mesmo caso criminal).

Outro agravante. Como inexistente regulamentação legal acerca do tema, é possível (e ocorre com frequência na prática) que a investigação seja iniciada no âmbito do Ministério Público e, depois de algum tempo, a mesma seja transmutada em requisição dirigida à polícia para instauração de inquérito policial e continuidade do trabalho apuratório (com evidente prejuízo para colheita de provas, vez que eventualmente o momento oportuno para prática de tal e qual diligência apta a descortinar o fato apurado pode já ter passado). A solução é simplória. Caso a investigação seja iniciada pelo Ministério Público, o órgão deve conduzi-la até seus últimos termos (redundando em promoção de arquivamento ou oferecimento de exordial acusatória, vedando-se o envio, via requisição, para polícia para continuidade das investigações).

Vencido o primeiro tópico (concluindo-se que a investigação direta manejada pelo Ministério Público não é compatível com o sistema constitucional vigente), cumpre analisar se é possível manejo de investigação pela polícia preventiva.

Apenas para retomar e reforçar a ideia do sistema pensado pelo constituinte de 1988, é preciso que se diga que nosso sistema processual penal outorgou ao delegado de polícia a presidência da polícia investigativa e dos apuratórios que nela tramitam (inquéritos policiais e termos circunstanciados)¹²⁷. É sua tarefa cuidar de sopesar tipos penais, decidir acerca da utilização de técnicas investigativas,

¹²⁶ Em um cenário que admita a investigação criminal direta, presidida pelo Ministério Público.

¹²⁷ Conferir artigo 2º, § 1º, da Lei 12.830/13: “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

representar prisões cautelares, buscas, tudo na forma preceituada na Constituição Federal¹²⁸ e na legislação de regência.

Esse profissional, o delegado de polícia, finda sendo importante garantidor dos direitos humanos do cidadão, já que é apto a interpretar a legislação e decidir, no calor dos acontecimentos, acerca da existência ou não de situações flagranciais, tipificação de condutas, tipicidade ou atipicidade material (que pode redundar em liberar o equivocadamente detido), existência ou não de causas excludentes de ilicitude (que também pode redundar na libertação prematura do detido), arbitramento de fiança, dentre outras situações. Essa escolha tem razão de ser: o delegado de polícia funciona no Brasil como a “autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, descrita no Pacto de San Jose da Costa Rica (artigo 7º, item 5¹²⁹). Neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³⁰, relatado por Guilherme de Souza Nucci (apenas parte da decisão será transcrita):

No tocante à alegada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação do paciente ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, in concreto, o paciente foi devidamente apresentado ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisou o auto de prisão em flagrante.

Quando se pensa em um sistema que outorgue atribuição investigativa a polícias ostensivas (investigação de civis), destinadas precipuamente a prevenir crimes, subverte-se a estrutura pensada pelo legislador constituinte. Possibilita-se que a conduta de um cidadão brasileiro seja avaliada por profissional não necessariamente versado em direito e que não prestou concurso para o cargo de delegado de polícia (o servidor público a quem foi cometido o primeiro

¹²⁸ O artigo 144, § 4º, da Constituição Federal determina: “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”.

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

¹³⁰ TJ/SP, HC 2150332-23.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 20/10/2015.

enfrentamento jurídico do caso criminal flagrancial, tipificando-o e decidindo acerca do encarceramento ou não do detido¹³¹).

Não se diga que isso poderia ser materializado apenas em situações mais simplórias (infrações de menor potencial ofensivo, por exemplo). Uma lesão leve causada por um golpe de faca pode, por exemplo, ser tipificada como lesão corporal de natureza leve (infração de menor potencial ofensivo) ou tentativa de homicídio, a depender do dolo do agente (só para limitar o exemplo a duas possibilidades). A primeira situação redundaria na liberação do investigado depois da lavratura de termo circunstanciado (caso o autuado seja imediatamente apresentado no juizado especial criminal ou assuma o compromisso de comparecer, tão logo seja intimado, nos termos do parágrafo único, do artigo 69, da Lei 9.099/95); a segunda demandaria lavratura de auto de prisão em flagrante, com conseqüente constrição da liberdade do investigado.

Um cidadão que é surpreendido portando um ou dois cigarros de maconha deve ser considerado usuário (caso em que deverá ser lavrado termo circunstanciado pela prática do crime do artigo 28 da Lei 11.343/06) ou traficante (situação que imporá a prisão em flagrante do indivíduo, em face da prática do crime capitulado no artigo 33 do mesmo mandamento legal)? A resposta depende da análise da situação concreta e reclama análise de elementos probantes apresentados, entrevistas preliminares e estudo da legislação de regência (sem descurar do estudo profícuo dos elementos do conceito analítico do crime – fato típico, antijuridicidade e culpabilidade).

Os dois exemplos acima desenhados são suficientes para demonstrar que é falacioso o argumento de que permitir a lavratura de termo circunstanciado pelas polícias preventivas serviria para desafogar a polícia judiciária e agilizar o atendimento do caso criminal pelo controle social formal. Lavrar termo circunstanciado não é, tão somente, registrar uma ocorrência. Em verdade, significa tipificar supostas infrações penais flagranciais, o que é, indubitavelmente, atribuição privativa do delegado de polícia, nos termos desenhados pela Constituição Federal e reforçados pela legislação de regência.

¹³¹ Tal realidade é afirmada no parágrafo único, do artigo 2º-A, da Lei 9.296/96 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.047/14): “Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado”.

É preciso que não se perca de vista que o termo circunstanciado tem natureza jurídica de procedimento investigativo (criado pela Lei 9.099/95 como substitutivo do inquérito policial). Como procedimento investigativo que é, o termo circunstanciado deve ser presidido por delegado de polícia, no âmbito da polícia judiciária (nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.830/13).

Permitir a lavratura do referido procedimento no âmbito das polícias preventivas, significa admitir que a polícia militar ou a polícia rodoviária federal podem materializar a oitiva de civis, requisitar perícias, materializar acareações, reconhecimentos, dentre outras possibilidades aptas a elucidar infração penal, em completa inversão do papel determinado pelo legislador constituinte¹³². Significa também que, caso seja necessário complemento das investigações (oitiva de novos personagens ou requisição de novas perícias, por exemplo), tais diligências seriam, em tese, cumpridas pelo mesmo órgão que conduziu a apuração, o que redundaria na expedição de intimações, requisição de perícias, oitiva de pessoas em ambientes não pensados para acomodar fisicamente tais atos e por servidores não treinados e capacitados para tal mister – ouvir pessoas em quartéis e postos da Polícia Rodoviária Federal, por exemplo.

O Poder Judiciário dá suporte ao entendimento acima desenhado:

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. NULIDADE DA DECISÃO QUE CONCEDEU À POLÍCIA MILITAR A POSSIBILIDADE DE EXERCER ATIVIDADES PRIVATIVAS DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. OFENSA AO ARTIGO 144, CAPUT, INC. IV E V E §§ 4º E 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal dispõe acerca das competências funcionais dos órgãos de segurança pública do Estado. 2. Nos termos do artigo 144, § 4º da Constituição da República, compete à polícia judiciária, chefiada por delegados de carreira, exercer, com exclusividade, os atos de investigação criminal. 3. É nula qualquer decisão que atribua a órgão diverso da polícia judiciária a realização de atos de investigação criminal, daí incluídos a lavratura de Termo de Compromisso de Comparecimento e Boletins de Ocorrência, uma vez que viola o texto constitucional. Precedentes do STF. 4. Segurança Concedida¹³³.

Alexandre Morais da Rosa¹³⁴, na linha aqui defendida (rechaçando a possibilidade de investigação de caso criminal pela polícia ostensiva), afirma:

As Polícias Militar, Rodoviária, Marítima e Ferroviária são órgãos da segurança pública e, portanto, de polícia administrativa (não judiciária). Compete à Polícia Militar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, sem qualquer competência para instaurar ou conduzir

¹³² Nos termos dos §§ 2º, 3º e 5º, do artigo 144, da Constituição Federal.

¹³³ TJ/MG, Mandado de Segurança 1.0000.11.052202-6/000, 7ª Câmara Criminal, rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, j. 03/05/2012.

¹³⁴ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit, p. 421.

investigações policiais, salvo nos crimes militares, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais (CR, art. 144, § 5º. Assim também a Polícia Rodoviária Federal (CR, art. 144, § 3º) e as Estaduais. Ademais, o dito serviço de investigação (P2) é o jeitinho brasileiro aplicado pelas corporações para investigar sem regras, apresentando relatórios e requerendo providências.

Decorre disso que não podem requerer medidas cautelares (interceptação telefônica, mandado de busca e apreensão, etc.). A Polícia Militar possui uma função específica e que deseja investigar está no lugar errado. E não raro se equivoca, contaminando os elementos probatórios, cheios de boas intenções, claro. Se a autoridade administrativa – Polícia Militar – realiza atividade sem previsão legal, embora existente materialmente, legalmente é inservível.

Caso seja adotado pensamento que tem impulsionado o ciclo completo no Brasil¹³⁵ (o efetivo da polícia judiciária é insuficiente e não há delegados em todas as cidades e por isso deve ser autorizado às policiais ostensivas materializar procedimentos investigativos mais simples como o termo circunstanciado) a outras searas, chegaríamos a soluções igualmente teratológicas em face da nossa Constituição Federal: como não há juízes em todas as comarcas, criemos a figura do juiz *ad hoc*; como não há promotores em todas as comarcas, criemos promotores *ad hoc*. E assim seguiria a sina da subversão da ordem constitucional em busca da solução mais simplória.

Convém ressaltar que, no âmbito da polícia investigativa, deve ser respeitado o princípio do delegado natural, previsto no artigo 2º, § 4º, da Lei 12.830/13, que reza que a avocação ou a redistribuição de inquérito policial só pode ser materializada por despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação:

Art. 2º (...)

§ 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Por fim, em que pese não ser possível arguir a suspeição do delegado de polícia, nos termos do artigo 107 do Código de Processo Penal, com o fito de cumprir o axioma estudado neste tópico, a própria autoridade policial deverá se declarar suspeita, quando ocorrer motivo legal.

¹³⁵ Possibilidade do mesmo órgão policial (seja investigativo ou preventivo) conduzir toda a ocorrência policial, desde a abordagem inicial até os últimos termos da investigação.

Com fulcro no quanto grafado supra, é possível construir o terceiro postulado aplicável à fase investigativa: não há investigação criminal sem presidência de autoridade imparcial, imparcial e desinteressada, em procedimento que tramite em órgão com atribuição investigativa outorgada pela Constituição Federal ou pela legislação.

4.4 Não há investigação criminal sem justa causa¹³⁶ (pela prevalência da liberdade em detrimento do encarceramento)

4.4.1 Introito

O primeiro freio à atuação do estado no âmbito da persecução penal deve ser voltado à análise do fato gerador da movimentação da sua máquina investigativa – a notícia de que foi praticada uma infração penal. A Constituição Federal de 1988 não admite mitigação injustificada de direitos fundamentais (e várias das ferramentas investigativas significam, em alguma medida, relativização de direitos), em especial de restrição desnecessária da liberdade – e isso pode ser evitado por meio de filtro dirigido à deflagração de procedimento investigativo.

4.4.2 Notícia anônima de crime

Não se deve admitir apuração por prospecção (partir da investigação sem notícia da prática de fato delimitado para então tentar identificar a existência de algum ilícito praticado pelo cidadão). Ao revés, a investigação fundada nas premissas da Constituição Federal deve partir da constatação da prática de um fato definido na legislação como infração penal (crime ou contravenção), o que se dá com a apresentação de uma notícia de crime à polícia (é possível ainda, por óbvio, que o próprio aparelho policial perceba a prática de crime e deflagre apuratório para elucidar o fato delituoso).

Assim é que, antes de deflagrar procedimento apuratório formal, a autoridade policial deve se certificar da ocorrência de prática delitiva (ao menos em tese). Por

¹³⁶ Entendida como a existência de indícios mínimos de materialidade delitiva (demonstração, ainda que superficial, que um crime aconteceu). Para que se deflagre uma investigação criminal, é preciso que o fato noticiado ao aparelho policial seja ao menos aparentemente criminoso – seguindo o conceito analítico tripartido de crime, é preciso que o fato que chega ao conhecimento da polícia seja típico, antijurídico e culpável.

essa razão, não deve ser admitida, em regra, a instauração imediata de inquérito policial para apuração de fato narrado por denúncia anônima. Impõe-se, antes da materialização de qualquer ação de força por parte do estado, checar a verossimilhança da notícia para, só então, deflagrar procedimento formal de apuração (em atenção ao quanto determinado pelo artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal). Isso porque a notícia anônima pode ser falsa e redundar em odiosa tentativa de direcionamento da máquina estatal de persecução contra pessoa inocente (o que certamente redundará em inobservância de direitos fundamentais).

Acerca das acusações secretas, já Beccaria¹³⁷ afirmava:

As acusações secretas são um abuso manifesto, mas consagrado e tornado necessário em muitas nações, pela fraqueza de sua constituição. Tal uso torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita um delator o em outro vê nele logo um inimigo. Costumam, então, mascarar os próprios sentimentos; e o hábito de ocultá-los a outrem faz com que finalmente esconda-o de si mesmos.

Tal vedação (de instauração de inquérito em face de notícia anônima não checada previamente pelo aparelho policial) já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal:

Instauração de inquérito policial contra magistrado federal – alegada ausência de justa causa – incorrência – procedimento investigatório que visa à apuração de conduta típica – possibilidade – persecução penal e delação anônima – viabilidade, desde que a instauração formal do inquérito tenha sido precedida de averiguação sumária, “com prudência e discricção”, destinada a apurar a verossimilhança dos fatos delatados e da respectiva autoria¹³⁸.

E pelo Superior Tribunal de Justiça:

Segundo a jurisprudência desta Corte, a denúncia anônima pode dar início à investigação, desde que corroborada por elementos informativos prévios que denotem a verossimilhança da comunicação. Diante da confecção de relatório de investigação preliminar, anterior à portaria de instauração do inquérito policial, constata-se que o procedimento investigatório foi embasado em outros elementos informativos, além da notícia anônima¹³⁹.

Sobre a notícia anônima de crime, Alexandre Morais da Rosa afirma:

É muito comum que os órgãos de controle social recebam denúncias anônimas. De um lado servem para trazer ao conhecimento ‘condutas criminosas’ com a preservação do denunciante e de outro lado, servem, muitas vezes, como mecanismo escuso de manipulação das investigações ou de perseguições infundadas, dado o caráter estigmatizante de simplesmente se ter uma investigação instaurada (ficam nos registros policiais). A denúncia anônima é uma possibilidade de denunciar um predador ou inimigo de modo a não ser descoberto e evitar risco de

¹³⁷ BECCARIA, Cesare. Op. cit, p. 33.

¹³⁸ STF, 2ª Turma, HC 109598 AgR/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15/03/2016 (transcrição de parte da ementa).

¹³⁹ STJ, 6ª Turma, RHC 59542/PE, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/1/2016 (transcrição de parte da ementa).

retaliação. A convivência do mecanismo com a Democracia, em que o anonimato é condenado (CR, art. 5º, IV), pressupõe estabelecer limites rígidos e não oportunistas.

Não se pode descartar sua existência, muito menos, dar-se a relevância de uma formal “notícia criminis”, dado o custo social e pessoal do ato de denunciar implica, afinal de contas a denúncia caluniosa é crime (CP, art. 339). Ao mesmo tempo, deve-se ter prudência, principalmente em situações com remuneração pecuniária ou moral. O impasse se dá, justamente, porque assumir o lugar de noticiante de um crime gera obrigações pessoais ao denunciante, enquanto que na hipótese do anonimato, libera-se do encargo. Mas se ninguém mais denunciar, os custos coletivos de tal proceder se inscrevem na modalidade de Tragédia dos Comuns, na seguinte lógica: o sujeito pensa que não irá denunciar porque outro fará; se todos pensarem assim, então, gerará a ausência de apuração coletiva, aumentando a cifra oculta das condutas não apuradas.

O autor conclui, na linha aqui defendida, afirmando que “recebida a denúncia anônima – por telefone, carta, e-mail, etc. – compete à autoridade policial providenciar diligências preliminares e, se forem consistentes, instaurar inquérito policial ou equivalente”¹⁴⁰.

4.4.3 Requisição para instauração de inquérito policial

Além da proibição de instauração de inquérito policial com base em notícia anônima de crime sem checagem prévia, também com o objetivo de cumprir o axioma proposto neste tópico, é possível que o delegado de polícia deixe de instaurar inquérito policial mesmo diante de requisição materializada pelo Ministério Público ou pelo juiz (nos termos do artigo 5º, II, do Código de Processo Penal), caso o expediente não demonstre de forma inteligível justa causa para deflagração imediata do procedimento investigativo (caso se perceba eventual ocorrência de extinção da punibilidade, atipicidade material do fato, dentre outras possibilidades).

Neste particular (requisição para instauração de inquérito), é preciso que se diga que não se trata de ordem emanada do Ministério Público ou do Poder Judiciário dirigida ao aparelho policial (vez que não há subordinação entre delegado, promotor e juiz), mas de reflexo do princípio da obrigatoriedade, adotado pelo Código de Processo Penal (que compele o delegado de polícia a instaurar apuratório quando diante de crime que se processe mediante ação penal pública

¹⁴⁰ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit, p. 430-431.

incondicionada – não há seletividade¹⁴¹ na investigação criminal brasileira). Tal constatação (de que a requisição é um mandamento que parte da lei) permite que não seja instaurado inquérito policial mesmo diante de requisição, por ato fundamentado da autoridade policial, sem que isso redunde em hipótese de responsabilização administrativa ou criminal (não há espaço para imaginar prática de ato de improbidade administrativa ou cometimento de crime em decorrência da não instauração do procedimento inquisitivo) – o expediente requisitório deve ser devolvido à autoridade que o subscreveu, com a fundamentação da não instauração de inquérito, para reanálise¹⁴².

4.4.4 Lavratura de auto de prisão em flagrante delito

A ausência de justa causa para deflagração de procedimento inquisitivo pode ser representada, ainda, pela apresentação ao delegado de polícia de situação supostamente flagrancial que, em verdade, revela-se não delituosa (por ser fato materialmente atípico ou pela presença clara de causa excludente de ilicitude, por exemplo).

Para tanto, é preciso que se diga que a autoridade policial não é obrigada a lavrar auto de prisão em flagrante delito toda vez que lhe for apresentado indivíduo detido. Ao revés, o delegado deverá entrevistar todos os personagens (condutor, testemunhas e conduzido) e analisar os elementos informativos trazidos, com o fito de detectar, em juízo de prelibação, se há prova da materialidade delitiva, indícios de autoria e efetiva situação flagrancial (é preciso analisar se a situação narrada se amolda a uma das hipóteses descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal) para, só então, determinar confecção de auto de prisão em flagrante delito, instaurando-se assim procedimento investigativo.

Se, da entrevista materializada pelo delegado, restar constatado que houve prática de fato materialmente atípico, não deve a autoridade policial confeccionar auto de prisão em flagrante delito, porque a elaboração da peça redundaria na instauração de procedimento investigativo e este só pode ser deflagrado diante da

¹⁴¹ A seletividade deve ser aqui entendida como a possibilidade de escolha dos casos criminais a serem investigados pelo aparelho policial, de modo que só se deflagre procedimento investigativo com o fito de apurar casos graves e viáveis.

¹⁴² Caso a autoridade que requisitou a instauração de inquérito insista, deve ser aplicado o artigo 28 do Código de Processo Penal, por analogia, e o inquérito deve ser deflagrado por outro delegado de polícia (por uma autoridade policial diferente da que se manifestou formalmente pela não instauração).

prática (ao menos em tese) de crime. Uma das facetas da detecção da atipicidade material¹⁴³ da conduta é a aplicação do princípio da insignificância.

Um indivíduo detido depois de subtrair uma caneta esferográfica, orçada em R\$ 1,00, de um hipermercado pratica fato formalmente típico, porque se amolda à conduta criminosa descrita no artigo 155 do Código Penal. Entrementes, pode ser que esse fato seja materialmente atípico, caso seja constatada a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social do agente, o reduzido grau de reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica¹⁴⁴.

A ausência de tipicidade material transmuda o fato em atípico (e, portanto, não criminoso). Ora, se a premissa para instauração de inquérito policial é a apuração de fato supostamente criminoso, não há motivo para deflagração do procedimento inquisitivo em face da constatação da atipicidade material do fato.

Caberia ao delegado de polícia, em uma ocorrência como a exemplificada, ouvir os personagens (pretensos condutor¹⁴⁵, testemunhas e conduzido¹⁴⁶) e justificar juridicamente a não confecção do auto de prisão em flagrante delito, remetendo as oitivas e demais peças produzidas (eventual auto de apreensão do bem subtraído, termo de entrega deste, mídia com imagens da prática, dentre outros documentos) ao Ministério Público para análise (isso porque, como no nosso sistema de persecução o entendimento das autoridades públicas não é vinculante, é possível que o promotor que analise o caso entenda ter havido crime e o envio das peças oportunizará o manejo de ação penal¹⁴⁷ ou a requisição para instauração de inquérito¹⁴⁸ - reflexo da titularidade do órgão acusador oficial para propositura da ação penal pública, que findaria mitigada caso o delegado de polícia não comunicasse o caso ao órgão).

Alexandre Morais da Rosa¹⁴⁹ sentencia:

A autoridade policial, em casos de flagrante, também, funciona como filtro de arbitrariedades dos agentes estatais, quer rejeitando a lavratura de flagrantes sem crime, inclusive de bagatela, assumindo as possíveis consequências de jogadores alienados da função democrática

¹⁴³ Aferir a existência de tipicidade material é constatar que a conduta praticada pelo autor do fato efetivamente lesionou o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

¹⁴⁴ Requisitos para reconhecimento do princípio da insignificância, segundo entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁵ Quem apresenta o detido à autoridade policial.

¹⁴⁶ Detido.

¹⁴⁷ Calçado na dispensabilidade do inquérito para propositura da ação penal (artigo 12 do Código de Processo Penal, já citado).

¹⁴⁸ Caso entenda que houve crime, mas que não há elementos para imediata propositura da ação penal.

¹⁴⁹ DA ROSA, Alexandre Morais. Op. cit., p. 413-414.

(representações, perseguições e reconhecimento), bem como controlando a integridade física do preso que deverá ser levado à audiência de custódia, até porque sua omissão pode ser considerada omissiva para fins da Lei de Tortura, consoante aponta o Protocolo II, da Resolução 214, do CNJ.

Outra possibilidade é a não lavratura de auto de prisão em flagrante em face da constatação, extrema de dúvidas, de que o autor agiu acobertado por causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade¹⁵⁰. A lavratura de auto de prisão em flagrante delito de indivíduo que agiu amparado por legítima defesa, por exemplo, soa teratológica (porque esta afasta a antijuridicidade, fazendo com que, nos termos do artigo 23 do Código Penal, o fato não seja considerado criminoso).

A solução adotada pelo Código de Processo Penal quando há detecção de prática de fato típico e não ilícito não é a melhor. Na sistemática do diploma, o parágrafo único do artigo 310 afirma que o juiz deve conceder liberdade provisória, caso perceba que o custodiado praticou o fato amparado por excludente de ilicitude (o que leva a crer que o delegado de polícia deveria materializar a prisão em flagrante delito e, só com a comunicação da constrição à liberdade, é que estaria autorizada a libertação do detido). Esta não parece opção compatível com a prevalência da liberdade proposta neste tópico.

Caso o delegado entenda que o detido praticou o fato amparado por causa excludente de ilicitude, não deve ser lavrado auto de prisão em flagrante delito (iniciar apuratório com indiciado preso mesmo diante de elementos que autorizem concluir que não houve crime, contraria a lógica). A solução que parece mais acertada (principalmente se houver morte da vítima) é instaurar apuratório com confecção de portaria¹⁵¹, requisitar perícias, ouvir os envolvidos e, com a instrução devida do feito, concluir pela efetiva inexistência de crime (tal qual imaginado na apresentação do caso) ou pela necessidade de responsabilização criminal do investigado (caso em que este deverá ser indiciado, na forma do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/13, sem prejuízo da materialização de eventual representação pela prisão cautelar, em caso de necessidade efetiva).

É possível, ainda, análise da culpabilidade pelo delegado de polícia, quando da apresentação de conduzido. Situações que isentam de pena, na sistemática do Código Penal (embriaguez involuntária, completa, proveniente de caso fortuito ou

¹⁵⁰ As principais causas excludentes de ilicitude estão previstas no artigo 23 do Código Penal; já as hipóteses de afastamento da culpabilidade podem ser encontradas nos artigos 21, 22 e 28 do mesmo diploma.

¹⁵¹ É possível dar ao caso a mesma solução indicada para a situação anterior – oitiva dos personagens envolvidos na ocorrência e encaminhamento do despacho fundamentado com o entendimento do delegado ao Ministério Público para análise.

força maior¹⁵²; erro de proibição inevitável¹⁵³; discriminante putativa por erro de tipo¹⁵⁴; coação moral irresistível e obediência hierárquica¹⁵⁵) podem, tranquilamente, autorizar o início da apuração criminal por meio de confecção de portaria (com investigado solto), ainda que exista apresentação de detido em suposta situação flagrancial.

Caso o fato seja típico, ilícito e culpável, ainda assim o delegado de polícia tem o dever de avaliar se a situação é efetivamente flagrancial (estudo do artigo 302 do Código de Processo Penal¹⁵⁶). Caso a autoridade policial detecte que houve prática criminosa, mas que não houve flagrante delito, cumpre ouvir os envolvidos, determinar a libertação do detido e instaurar inquérito policial por portaria.

Em suma, quando um detido é apresentado, caso entenda o delegado de polícia que é possível interpretar ter havido ausência de tipicidade formal ou material, causa excludente de ilicitude ou causa excludente de culpabilidade, a saída mais adequada é a prevalência da liberdade (diferente do quanto aparentemente preceituado pelo Código de Processo Penal¹⁵⁷), com instauração de inquérito policial por meio de portaria ou com oitiva dos envolvidos, despacho fundamentado (indicando as razões da não lavratura do auto de prisão) e remessa das peças ao Ministério Público. A instauração de inquérito deve se dar também por meio de portaria com liberação imediata do detido quando se detectar que o fato apresentado é criminoso, mas que a situação não é efetivamente flagrancial.

Ainda em festejo ao direito de liberdade do investigado/indiciado (regra no curso da investigação criminal), é importante deixar claro a possibilidade de, manejando interpretação extensiva do artigo 325, § 1º, I, cumulado com o artigo 350,

¹⁵² Artigo 28, § 1º, do Código Penal.

¹⁵³ Artigo 21 do Código Penal.

¹⁵⁴ Artigo 20, § 1º, do Código Penal.

¹⁵⁵ Artigo 22 do Código Penal.

¹⁵⁶ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹⁵⁷ O estudo do parágrafo único do artigo 310 do CPP faz crer que é possível lavrar flagrante diante de ocorrência de causa excludente de ilicitude (o caderno processual penal determina que o juiz conceda liberdade provisória nessa hipótese, mediante compromisso de comparecimento aos atos do futuro processo). Tal situação é teratológica e subverte o sistema de garantias do cidadão (se é verossímil que o fato foi praticado sob o manto de excludente de ilicitude e o artigo 23 do Código Penal afirma que não há crime quando há tal excludente, não há porque custodiar o autor do fato um minuto sequer).

ambos do Código de Processo Penal (possível em face do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal), que o delegado de polícia dispense a fiança do conduzido preso em flagrante, em face de sua miserabilidade.

São duas as autoridades autorizadas por lei a arbitrar fiança – o delegado de polícia (quando o máximo de pena em abstrato cominado ao crime não ultrapassar quatro anos, na forma do artigo 322 do Código de Processo Penal) e o juiz. O artigo 350 do Código de Processo Penal, entretantes, autorizou apenas o magistrado a dispensar a fiança em caso de pobreza do detido. Conclui-se que a lei disse menos do que deveria (não listou o delegado de polícia como autoridade com atribuição para dispensar fiança) e por isso o texto deve ser ampliado pelo intérprete (é teratológico imaginar que o detido deve ficar preso até que o juiz analise a dispensa da fiança arbitrada pela autoridade policial – a interpretação fria da lei seria evidentemente prejudicial aos menos favorecidos).

4.4.5 A construção do axioma

A conclusão é que, cumpre ao delegado de polícia, recebendo notícia de crime (seja por meio de boletim de ocorrência lavrado a pedido de pretensa vítima, seja notícia anônima, seja via requisição, seja coercitiva¹⁵⁸) despida de justa causa, abster-se de deflagrar procedimento investigativo (ou eventualmente instaurá-lo por meio de portaria, deixando de determinar o encarceramento daquele que lhe é apresentado detido em suposto estado de flagrância).

Com base no quanto desenhado supra, é possível construir o primeiro postulado aplicável à fase investigativa: não há investigação criminal sem justa causa. Há de se concluir validamente, ainda, pela existência de um subprincípio: em caso de dúvida quanto à situação flagrancial ou quando detectada atipicidade material, causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, deve prevalecer a liberdade em detrimento do encarceramento (mesmo que o delegado decida instaurar inquérito para apurar o fato – neste caso a instauração dar-se-á por portaria).

¹⁵⁸ Apresentação de detido em suposta situação de flagrância.

4.5 Não há demonstração da materialidade e de indícios de autoria sem observância das regras constitucionais e legais na construção da prova

4.5.1 Introito

O inquérito policial é procedimento investigativo materializado com o fito de elucidar fato supostamente criminoso¹⁵⁹. No curso do procedimento, o delegado de polícia, presidente do feito, determinará a materialização de diligências e poderá representar pela decretação de medidas cautelares invasivas ao Judiciário, tudo com o objetivo de descortinar a dinâmica dos fatos delimitados na portaria ou no auto de prisão em flagrante (peças que iniciam o inquérito policial).

Essas diligências redundarão em elementos informativos (caso exista necessidade de repetição dos mesmos na fase judicial) e provas (quando o resultado da diligência não for repetível ou tiver natureza cautelar – nos exatos termos da parte final do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁶⁰), que instruirão o feito e que poderão ser utilizados pelo órgão acusador oficial (para restringir a análise aqui elaborada aos crimes de ação penal pública incondicionada) e/ou pela defesa (o inquérito policial não é procedimento unidirecional e as conclusões desenhadas pelo delegado de polícia ao fim da investigação e as provas/elementos por ele coligidos podem, tranquilamente, ser utilizadas pelo causídico em prol do acusado no futuro processo), em face do princípio da comunhão da prova.

Como maioria dos processos criminais utiliza como cabedal probante as provas coligidas no curso de inquéritos policiais e a linha seguida no futuro processo é, quase sempre, a traçada na investigação, é importantíssimo que a autoridade policial observe, de maneira irrestrita, a Constituição Federal e os contornos legalmente determinados para correta coleta das provas.

A nulidade da prova coligida no curso da investigação pode vir a esvaziar o processo penal iniciado com base em investigação policial (não há como admitir, como outrora, interpretação que conclua que a nulidade de elemento ou prova

¹⁵⁹ Ao fim e ao cabo, é possível que se detecte que não houve prática delitogena (investigação de possível prática de furto que é concluída sem indiciamento do investigado, por ter o delegado de polícia entendido que o fato foi materialmente atípico – princípio da insignificância).

¹⁶⁰ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

colhido no inquérito não reflete no processo¹⁶¹, vez que a nulificação pode acarretar no desmoronamento dos pilares que o sustentam, redundando em falta de justa causa para o prosseguimento do feito¹⁶² ou em absolvição por insuficiência de provas).

O processo não se presta à perseguição do réu e não tem como único resultado possível o decreto condenatório (o sistema é obviamente falho, porque conduzido por seres humanos, e pode ter efetivamente indicado autor do fato inocente e, nesse caso, a consequência desejada é a absolvição), mas a absolvição do responsável pelo crime (verdadeiro autor do fato) em face da ilicitude da prova que demonstre sua culpa e a condenação do inocente em razão da prática, por exemplo, de tortura (extraindo confissão por crime que ele não cometeu) são situações extremamente frustrantes (daí porque a necessidade do esmero na construção da prova e em respeitar os direitos fundamentais do investigado no curso do inquérito são imperativos).

A construção de axioma que determine estrita observância da Constituição Federal e da legislação na coleta de elementos probantes finda se transmutando em importante garantia do cidadão investigado contra a inobservância dos seus direitos fundamentais praticados pelo aparelho estatal de investigação, sob pretensa justificativa da busca da verdade real. Ao mesmo tempo, inquéritos carregados de elementos informativas e provas robustas reflete em prol da sociedade, que não assistirá ao esvaziamento do futuro processo, que redunde na absolvição do autor do fato.

A repulsa às provas obtidas por meios ilícitos defende o investigado contra prática de tortura, ingresso em domicílio fora dos permissivos constitucionais, ofensa à intimidade/privacidade em comunicações telefônicas e telemáticas, dentre outras deletérias práticas.

Em linhas gerais, a Constituição Federal explicitou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no artigo 5º, LVI¹⁶³. Tal dispositivo foi esmiuçado pelo artigo 157 do Código de Processo Penal:

¹⁶¹ Eventuais irregularidades ocorridas na fase do inquérito policial, caracterizado por sua natureza administrativa, informativa e não obrigatória, não irradia, em regra, efeitos na ação penal (RHC 67.178/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

¹⁶² Excepcionalmente pode ser determinado pelo Judiciário o trancamento da ação penal (por meio de *habeas corpus* profilático), se a nulidade das provas colhidas no curso inquérito esvaziarem por completo a ação penal.

¹⁶³ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O estudo do artigo transcrito faz crer que o Código de Processo Penal adotou, além do repúdio às provas obtidas por meio ilícito, a teoria dos frutos da árvore envenenada (a prova em si lícita que é derivada de uma prova ilícita, deve ser tida por ilícita por derivação – merecendo ser também desentranhada do feito e inutilizada).

O Código de Processo Penal trouxe duas possibilidades de evitar a inutilização do elemento coligido depois de prova considerada ilícita: a) ausência de nexo de causalidade; b) identificação de fonte independente.

A prova que ingressa no feito depois de prova obtida por meio ilícito não é necessariamente dela decorrente. Caso se evidencie que não nexo de causalidade entre a prova posterior (lícita) e a anterior (ilícita), não há porque nulificar aquela.

A fonte independente é explicada no § 2º, do próprio artigo 157, do Código de Processo Penal (interpretação autêntica). Caso se detecte que a prova lícita posterior derivou de outros elementos que não só a prova identificada como ilícita, não há porque inutilizá-la.

Antes de adentrar no estudo de algumas ilicitudes que comumente nulificam provas e elementos informativos no bojo de inquéritos policiais, cumpre deixar claro que o Código de Processo Penal deixou de prever importante medida (salutar para evitar que o magistrado seja contaminado na formação de sua convicção futura, quando da prolação de sentença em ulterior processo) – o afastamento automático do juiz que detectou a ilicitude da prova e determinou seu desentranhamento do feito (acrescendo essa hipótese de impedimento no artigo 252 do Caderno Processual Pátrio). Depois de preclusa a decisão que determinou a nulidade da prova, e após o desentranhamento e destruição da mesma, o inquérito (ou processo, a depender do momento do reconhecimento da nulidade), o feito deveria ser repassado ao

substituto legal do magistrado responsável pela inutilização do meio probante. Isso funcionaria como importante ferramenta para evitar que o juiz seja contaminado com a prova ilícita com a qual teve contato.

4.5.2 Tortura

A prática de tortura é a principal ilicitude praticada pelo aparelho policial, no curso da investigação pré-processual. A obtenção de confissão por meio de violência ou grave ameaça ainda é problema que precisa ser evitado pelo Estado.

A tortura é extremamente desleal porque, além de provocar sofrimento físico ou mental para o cidadão, inverte a lógica da correta investigação. O Estado, quando noticiado acerca da prática de um crime, deve coligir provas e elementos informativos que demonstrem sua ocorrência e que apontem com segurança seu autor, usando de técnicas investigativas e meios de prova prescritos na legislação de regência – essa é a lógica da correta investigação. A tortura, indo na contramão dessa ideia, faz com que o investigado finde sendo obrigado a fornecer a trilha investigativa que o Estado deveria construir.

Trata-se de ofensa aos incisos III e XLIII, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal. O agente estatal que pratica a tortura deve ser responsabilizado na forma da Lei 9.455/97. A prova resultante da prática de tortura é nula e deve ser desentranhada do feito. As provas dela decorrentes também têm igual sorte (reconhecimento de nulidade e desentranhamento), por serem ilícitas por derivação.

4.5.3 Inviolabilidade de domicílio

É possível observar, ainda, ilicitude no ingresso na casa de investigados (mitigação ao direito à inviolabilidade de domicílio em desacordo com o inciso XI, do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁶⁴). A entrada em casa alheia depende de autorização do morador ou das situações descritas no dispositivo citado – desastre, para prestar socorro, em flagrante delito ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁶⁴ XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

O ingresso em domicílio sem autorização ou ordem judicial, no curso da fase investigativa, é feito quando se observa situação flagrancial no interior da residência. Nessa situação, é preciso que o aparelho policial demonstre que havia elementos para identificar a prática de crime no interior da habitação antes do ingresso forçado, ainda que tal justificação seja feita *a posteriori*, nos exatos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito DJe-093 DIVULG 09-05-2016 publicada em 10-05-2016)

Essa demonstração precisa ser materializada para que se possa aferir a legalidade do ingresso e a validade da prova colhida no curso da diligência (controle judicial *a posteriori*). A polícia deve se esmerar na busca da prova lícita, corretamente coligida, que respeite direitos fundamentais do cidadão investigado.

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não há justa causa apta a autorizar invasão domiciliar a mera intuição da autoridade policial de eventual traficância praticada por indivíduo, fundada unicamente em sua fuga de local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas ante iminente abordagem policial¹⁶⁵.

4.5.4 Outras ilicitudes e a construção do axioma

O cuidado com a colheita deve se estender a todas as provas possíveis de ingresso no procedimento inquisitivo - interceptação telefônica (que deve obedecer ao disposto na Lei 9.296/96, não pode ser materializada por prospecção e depende de demonstração concreta de sua necessidade), reconhecimento de pessoas/coisas/fotográfico (que deve seguir os passos determinados pelos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal), infiltração policial (nos termos dos artigos 10 e seguintes da Lei 12.850/13), colaboração premiada (artigos 4º e seguintes da Lei 12.850/13), dentre outras.

O aparelho policial deve ter em mente que não é inimigo do suspeito da prática delitiva. Seu papel é reconstruir a dinâmica do crime, elucidando quem foi seu autor, por meio de técnicas que respeitem os direitos fundamentais do investigado (ao silêncio, de conhecer seus direitos, de não produzir prova contra si, de ser assistido por advogado, se assim desejar, dentre outros).

Noutro giro, é preciso que o Judiciário evite superdimensionamento de direitos individuais (maximizando exigência relacionadas à forma da produção da prova em detrimento da efetiva elucidação do crime). É agir com tempero e bom senso.

Exemplo claro de superdimensionamento de direitos individuais foi a anulação da operação policial (e de todas as provas coligidas no inquérito policial) porque os pleitos cautelares dirigidos ao Judiciário foram baseados em relatório de inteligência produzido pelo COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras (nos autos do HC 191378/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior). O STJ considerou que o relatório de Inteligência do COAF é documento hábil para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas não é suficiente para, sozinho, embasar pleitos cautelares que mitiguem direitos.

¹⁶⁵ STJ, REsp 1.574.681-RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017.

Com base nessa premissa, houve anulação das provas resultantes das quebras de sigilo judicialmente deferidas e das provas derivadas, restando completamente esvaziado o apuratório.

A decisão citada configurou superdimensionamento de direitos, porquanto o relatório de inteligência do COAF é documento produzido por órgão de inteligência do Ministério da Fazenda, que traz em seu bojo identificação suficiente de pessoas envolvidas em transações financeiras atípicas, sendo quase sempre peça robusta o suficiente para demandar início da investigação e para fundamentar pleitos cautelares.

Feita essa ressalva, é possível construir mais um axioma: não há prova da materialidade e indícios de autoria sem observância das regras constitucionais e legais na construção da prova.

4.6. Não há decretação ou manutenção de medidas investigativas que signifiquem mitigação de direitos fundamentais sem efetiva demonstração de necessidade.

O objetivo deste tópico é demonstrar que não é possível decretar medidas cautelares limitadoras de direitos fundamentais (interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário ou fiscal, prisões cautelares, dentre outras) sem a existência de investigação formal e sem que se demonstre a efetiva necessidade das mesmas para o bom termo da apuração. Tais medidas, caso decretadas, devem ser mantidas apenas pelo tempo estritamente necessário ao esclarecimento dos fatos investigados.

No curso da investigação criminal é possível decretação de medidas cautelares que mitigam direitos individuais, com o fito de coligir provas que possibilitem elucidar fatos supostamente criminosos. Essas cautelares são determinadas pelo Poder Judiciário, normalmente atendendo a representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público (algumas delas podem ser decretadas de ofício pelo magistrado, apesar de aparente ofensa ao sistema acusatório).

O juízo deve observar a existência dos requisitos legalmente enumerados, sempre atento à necessidade concreta da medida para aquela investigação específica. Tanto na decisão que decreta a interceptação telefônica, quebra de sigilo

bancário ou fiscal ou prisões cautelares, quanto nas decisões que renovam tais medidas, a fundamentação é indispensável e sempre contemporânea ao pleito que está sendo deduzido.

Não é possível, por exemplo, admitir sucessivas renovações de uma interceptação telefônica repetindo a fundamentação em todas as decisões. O delegado de polícia deve trazer em seu pleito renovatório fato novo que justifique a continuidade do afastamento do sigilo das comunicações e o juízo, com base nessa realidade, devidamente demonstrada, decidir pela renovação ou não.

De igual sorte, a prisão cautelar, para ser decretada ou mantida no curso do feito (inquérito ou processo) deve se escudar na necessidade concreta do afastamento do investigado ou réu do convívio social (a decisão que decreta a prisão preventiva tem natureza *rebus sic stantibus* e deve ser revogada quando a necessidade do cárcere desaparecer – artigo 316 do Código de Processo Penal).

Uma apuração que respeite direitos individuais dos investigados deve ser calcada na excepcionalidade na decretação de medidas que relativizem tais direitos. Bom que se diga ainda que tais medidas só têm espaço depois de formalmente instaurado procedimento investigativo (não deve ser mitigado direito fundamental sem que exista inquérito policial deflagrado). O acessório (medida cautelar pleiteada) deve estar ligado a feito principal (o inquérito policial), de modo que o fato investigado esteja devidamente delimitado e que se apresente ao Judiciário a demonstração que o crime ocorreu (prova da materialidade), indícios suficientes de autoria e a necessidade concreta da implementação da medida limitadora do direito fundamental do investigado (essas devem ser as premissas básicas para a decretação de qualquer medida cautelar que relativize direitos fundamentais).

A necessidade de fundamentação da ordem judicial em pleito mitigador de direito individual é exigência constitucional, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal. É, ainda, direito do investigado ver a medida limitadora ceder quando ela não for mais necessária no caso concreto (caso se insista na manutenção de medida cautelar desnecessária, tem-se nulidade da prova coligida ou ilegalidade da prisão).

Reclama-se do aparelho policial a observância da legislação de regência, para atender aos requisitos específicos de cada pleito cautelar (Código de Processo Penal, Lei 9.296/96, Lei 7.960/89, Lei 12.850/13, dentre outros mandamentos legais). A fundamentação relativa à necessidade da medida não pode ser abstrata e

genérica, mas sim concreta e específica. Mitigar os direitos à liberdade, inviolabilidade de domicílio, sigilo das comunicações telefônicas, dentre outros, deve ser exceção e não regra.

Diante da desnecessidade da manutenção da medida que mitiga direito individual, o próprio delegado de polícia pode representar ao juízo pela descontinuidade da utilização da técnica investigativa invasiva ou pela revogação da prisão cautelar do investigado.

Eis, então, o postulado fruto da análise deste tópico: não há decretação ou manutenção de medidas investigativas signifiquem mitigação de direitos fundamentais sem efetiva demonstração de necessidade.

4.7 Não há investigação criminal formal sem finalidade investigativa

4.7.1 Introito

O tópico objetiva rechaçar execuções extrajudiciais (o inquérito não pode servir de pano de fundo para eliminação de supostos autores de fatos criminosos, nem se presta a encobrir assassinatos praticados por agentes estatais) e investigações por prospecção (quando se aciona a máquina de persecução sem que exista notícia de crime, vasculhando a vida do cidadão, até que se descubra a prática de algum ilícito – tal atitude pode significar, na prática, uso da máquina estatal para perseguir pessoas).

4.7.2. Execuções extrajudiciais

Sobre o primeiro aspecto abordado neste tópico (execuções extrajudiciais) cumpre observar que não há bem jurídico absoluto. Mesmo a vida, o mais importante deles, pode ceder licitamente em situação de comprovada legítima defesa, por exemplo. A excludente de ilicitude citada é definida no artigo 25 do Código Penal¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Considerando o conceito tripartido de crime¹⁶⁷ (e o quanto declinado no artigo 23 do Código Penal), não haverá crime quando a ação for escudada em excludente de ilicitude.

Na ação policial, o agente da lei pode atuar acobertado pela legítima defesa própria (quando o infrator o agride injustamente) ou de terceiro (quando o policial age para salvar a vida de outrem).

O uso de armas de fogo no curso da atuação policial reclama observância do Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais (Direitos Humanos e Aplicação da Lei), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos¹⁶⁸ (itens 449 a 453):

449. Tanto quanto possível, os agentes policiais deverão utilizar meios não violentos antes de recorrer à força ou a armas de fogo.

450. Caso a utilização legítima da força ou de armas de fogo seja inevitável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão recorrer a tais métodos com moderação e reduzir ao máximo os danos e lesões, bem como respeitar e preservar a vida humana. Para estes fins, deverão garantir a prestação de assistência médica a qualquer pessoa ferida ou afetada no mais curto espaço de tempo e assegurar-se de que os familiares ou amigos das pessoas feridas ou afetadas são avisados do incidente.

451. Os ferimentos ou mortes resultantes da utilização da força ou de armas de fogo deverão ser participados aos funcionários superiores e toda a utilização arbitrária ou abusiva da força deverá ser tratada como um crime. As circunstâncias excepcionais ou situações de emergência pública não justificam a violação dos Princípios.

452. Permite-se a utilização de armas de fogo em legítima defesa do próprio ou de terceiros contra um perigo iminente de morte ou lesões físicas graves, ou a fim de proceder à captura de uma pessoa que apresente tal perigo, caso as medidas menos extremas se revelem insuficientes. É proibida a utilização intencional de armas de fogo com consequências fatais, a menos que absolutamente inevitável a fim de salvar uma vida.

453. Antes de utilizar uma arma de fogo contra alguém, o polícia deverá identificar-se e advertir claramente da sua intenção de utilizar a arma em questão. Deverá ser dado tempo suficiente para que o delinquente se conforme com a advertência, a menos que tal se mostre susceptível de resultar na morte ou em lesões físicas graves do agente ou de terceiros, ou claramente inútil ou inadequado, dadas as circunstâncias

Ainda sobre o uso progressivo da força, a Portaria Interministerial 4.226, de 31 de dezembro de 2010¹⁶⁹, estabelece que (nos itens 1 a 8, do seu anexo I):

1. O uso da força pelos agentes de segurança pública deverá se pautar nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e deverá considerar, primordialmente:

¹⁶⁷ Que considera crime o fato típico, antijurídico e culpável.

¹⁶⁸ Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Manual1.pdf>, acesso em 30/11/2016.

¹⁶⁹ Em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24028895/pg-27-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-03-01-2011>, acesso em 30/11/2016.

a) ao Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979;

b) os Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua Resolução 1.989/61, de 24 de maio de 1989;

c) os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1999;

d) a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.

3. Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.

4. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

5. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, a não ser que o ato represente um risco imediato de morte ou lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

6. Os chamados "disparos de advertência" não são considerados prática aceitável, por não atenderem aos princípios elencados na Diretriz nº 2 e em razão da imprevisibilidade de seus efeitos.

7. O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada.

8. Todo agente de segurança pública que, em razão da sua função, possa vir a se envolver em situações de uso da força, deverá portar no mínimo 2 (dois) instrumentos de menor potencial ofensivo e equipamentos de proteção necessários à atuação específica, independentemente de portar ou não arma de fogo.

Diferente da ação amparada por excludente de antijuridicidade é a hipótese de execução do suposto infrator. Nesta situação, o que se tem é efetiva prática de crime de homicídio pelo agente estatal.

Na execução, o policial funciona como acusador e juízo do caso, prolatando sentença irrecorrível de condenação do réu à pena de morte. Nesta situação, o policial (servidor público concursado, cuja ação deve ser pautada pela estrita observância da Constituição Federal e da legislação de regência) finda se

transmutando em infrator (assemelhando-se àquele contra quem trava diuturna batalha).

Em muitas execuções ocorre situação ainda mais grave: a cena do crime finda sendo forjada, de maneira que se pense que houve reação por parte do executado e troca de tiros anterior à morte (daí porque toda morte decorrente de intervenção policial precisa ser cuidadosamente investigada, para que esclareça se houve ação legítima ou ilícita por parte dos servidores estatais).

Vem a calhar lição de Norberto Bobbio¹⁷⁰ acerca da pena de morte (o trecho da obra *A Era dos Direitos* trata da pena de morte legalmente prevista e executada pelo Estado, mas também pode servir tranquilamente para rechaçar as execuções clandestinas, levadas a efeito por policiais, à margem da lei):

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional. Também ele tem o dever de se defender. Mas é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício. Compreendo muito bem que é um raciocínio difícil, abstrato, que pode ser tachado de moralismo ingênuo, de pregação inútil. Mas busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar.

Ainda sobre a pena de morte (quando oficialmente imposta pelo Estado), Ricardo Castilho¹⁷¹ afirma que “a pena de morte, assim como a tortura, é prática totalitária, adotada como estratégia oficial que usa a segurança nacional como pretexto para eliminar prováveis inimigos do governo”.

Para Cesare Beccaria¹⁷², “quem poderia ter dado a homens o direito de tirar a vida de seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma procedência que as leis que protegem”.

A respeito da pena de morte (em trecho que pode ser tranquilamente utilizado quando se analisa a execução materializada por agente da lei), Beccaria¹⁷³ afirma:

A morte de um criminoso, um espetáculo desumano, mas momentâneo, é um freio menos poderoso para o crime que o longo e contínuo exemplo de um homem privado de sua liberdade, transformado em uma besta de carga e que repara com trabalhos penosos o mal que causou à sociedade. Essa volta frequente do espectador a si mesmo: “Se eu cometesse um crime, reduziria minha vida a essa mísera condição”, - essa idéia amedrontaria

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, página 161/162.

¹⁷¹ CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 2015, página 320.

¹⁷² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, 3ª edição, CL EDIJUR, Leme/SP, edição 2015, página 57.

¹⁷³ BECCARIA, Cesare. *Obra acima citada*, página 57.

mais do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa ignorada distância que lhe enfraquece o horror.

O tema traz uma preocupação ainda maior quando os policiais envolvidos em execuções extrajudiciais são ligados à prática de crimes (agentes públicos corruptos, que integram milícias ou participam do tráfico de drogas). Algumas cidades brasileiras assistem à proliferação de grupamentos armados formados por policiais que se desgarram do estrito cumprimento da lei e findam formando organismos paramilitares voltados à prática de delitos. A milícia é grupamento de criminosos muito difícil de ser investigado e desmantelado quando conta com agentes públicos entre seus membros (usualmente policiais). Ainda assim, o aparelho estatal não deve admitir tais práticas e deve se esforçar para afastar de seus quadros os maus policiais¹⁷⁴.

Definitivamente a execução de pessoas pelo aparelho policial não deve ser tolerada (seja qual for a motivação da morte ilícita).

4.7.3 Bandido bom é bandido morto?

No ano de 2014, 50% dos entrevistados do anuário produzido pelo Fórum Nacional de Segurança Pública¹⁷⁵ respondeu sim à pergunta: bandido bom é bandido morto? Esse número saltou para 57% no ano de 2016¹⁷⁶.

No ano de 2013, 2.212 pessoas morreram em decorrência da ação policial (seja em confronto com policial em serviço, seja com policial de folga) – o Fórum Nacional de Segurança Pública aponta que a polícia brasileira matou, de 2009 a 2013, 11.197 pessoas, ao passo que as polícias dos Estados Unidos mataram 11.090 pessoas, entre os anos de 1983 e 2012. Em síntese apertada, o número de vítimas das polícias brasileiras em cinco anos e próximo do número de óbitos decorrentes da ação das polícias americanas em vinte e nove anos.

No ano de 2014, foram 3.009 vítimas de embates com a polícia. O número de mortes foi equivalente a 5% do total de mortes violentas intencionais no ano.

¹⁷⁴ O artigo 2º, § 7º, da Lei 12.850/13 traz medida interessante de enfrentamento a policiais que integram organizações criminosas – “§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

¹⁷⁵ http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf acesso em janeiro de 2018.

¹⁷⁶ http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf acesso em janeiro de 2018.

Já no ano de 2015, foram 3.345 mortes em face de atuação policial. Para fins comparativos, o relatório anual da Anistia Internacional em 2016¹⁷⁷ apontou que a África do Sul teve, entre os anos de 2014 e 2015, 396 mortes resultantes de ações policiais.

No ano de 2016, foram 4.222 pessoas mortes em decorrentes de intervenções policiais.

Apenas para se ter ideia da relevância dos números acima apontados, segundo relato de Ricardo Castilho¹⁷⁸ acerca das execuções formais por países que adotam pena de morte:

A Anistia Internacional registrou em 2013, 778 execuções em 22 países, entre 1.925 pessoas condenadas. O número é inferior ao registrado em 2008, mas com acréscimo em relação a 2012 (682 execuções 21 países). Ainda assim, o número de 2013 não inclui os milhares de pessoas executadas na China, onde a ONG Anistia Internacional calcula que tenha havido mais execuções do que as que aconteceram no mundo inteiro no período. Outro dado é que 80% das execuções de 2013 foram realizadas somente em três países: Irã, Iraque e Arábia Saudita.

O ideário popular de que bandido bom é bandido morto é facilmente replicado quando se pensa no criminoso como pessoa completamente alheia ao círculo social frequentado pela pessoa que prega dita “solução”. Como o bandido é imaginado como pessoa distante da realidade do chamado “cidadão de bem” e como este pensa que nunca materializará fato ilícito, a assertiva finda sendo verberada facilmente.

É por não se enxergar como possível infrator (nem pessoa de sua família ou amigo próximo) que o cidadão finda defendendo desrespeito a caros direitos humanos de outro nacional - vilipêndio ao direito à integridade física (quando se tolera a prática de tortura em investigados, com o fito de elucidar crimes mais rapidamente), à privacidade/intimidade (quando a publicação do nome e imagem de alvo de ação policial é exaustivamente repetida pela imprensa e aplaudida pela população) e mesmo à vida (quando execuções são aplaudidas ao argumento de que pretensa proteção dos “homens de bem”).

É preciso ter em mente que o Direito Penal brasileiro é fundado no fato praticado pelo indivíduo e não no autor. Ele se ocupa de punir condutas ilícitas materializadas por pessoas e não a responsabilizar indivíduos pelo que são. Não se permite pensamento determinista, que culmine em aplicação de sanção definitiva

¹⁷⁷ Em https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf, acesso em 30/11/2016.

¹⁷⁸ CASTILHO, Ricardo. **Obra citada**, página 321/322.

(pena de morte) ou perpétua (até porque a Constituição Federal não permite estas sanções – inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal).

A execução de pessoas supostamente envolvidas com práticas criminosas, em última análise, passa pela interpretação de que é impossível ao autor de determinado delito optar por uma vida lícita. É concluir pela lógica do determinismo (existência de criminosos irrecuperáveis).

Outro ponto que merece análise detida é quem é o alvo preferencial da letalidade policial. O criminoso vítima do extermínio estatal é, em regra, o autor de crime violento ou de tráfico de drogas. Essas pessoas normalmente têm baixo grau de instrução e poucos recursos. Em que pese os executados serem usualmente acusados de crimes graves, é perceptível que, em regra, tais delitos prejudicam diretamente uma vítima ou um número limitado de vítimas. O autor dos crimes de roubo, estupro, homicídio ou tráfico de drogas é o normalmente rotulado como inimigo da sociedade. Esse é o alvo a ser caçado.

O Direito Penal do Inimigo é construção de Gunther Jakobs (em síntese, certas categorias de criminosos não devem ser considerados cidadãos e sim inimigos do Estado, o que possibilita mitigação de direitos e garantias processuais¹⁷⁹).

Acerca do tema, Francisco Muñoz Conde¹⁸⁰ salienta que

O legislador não dialoga com seus cidadãos, e sim ameaça seus inimigos, castigando seus delitos com penas draconianas em franco descompasso com a proporcionalidade, retirando garantias processuais e ampliando as possibilidades de sancionar condutas muito distantes da lesão a um bem jurídico.

Bom que se diga que o Direito Penal do Inimigo é formalmente prescrito na legislação do respectivo país (no Brasil, cita-se como exemplo o regime disciplinar diferenciado, previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal), em que pese ser discutível a constitucionalidade destes mandamentos. No caso das execuções extrajudiciais a situação é bem diferente e muito mais grave, porque não se trata de pena de morte regularmente executada seguindo ditames legais. Aqui se tem julgamento sumário executado por agente estatal não autorizado a confiscar a vida do alvo do sistema de persecução penal.

¹⁷⁹ É o Direito Penal de Terceira Velocidade – caracterizado pela mitigação de direitos fundamentais e a aplicação de pena privativa de liberdade.

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**; tradução Karyna Batista Sposato, Juruá, 2012, p. 31.

Em livro que relata as agruras da vida no outrora maior presídio do Brasil, Drauzio Varella¹⁸¹ reproduz relato de detento que sobreviveu à invasão do Carandiru pela Polícia Militar, evento que se traduz em marco quando se analisa a letalidade na ação policial (em 02 de outubro de 1992, a PM invadiu a unidade prisional para conter uma rebelião, com saldo final de 111 presos mortos):

Um polícia abriu o guichezinho da porta, enfiou a metralhadora e gritou: Surpresa, chegou o diabo para carregar vocês para o inferno! Deu duas rajadas para lá e para cá. Encheu o barraco de fumaça, maior cheirão de pólvora. Só fui perceber que estava vivo quando senti um quente pingando nas costas. Era sangue, na hora pensei que fosse meu. Olhei para os parceiros, tudo esfumaçado, furado de bala, pondo sangue pela boca. Morreram onze, escapei só eu, com um tiro de raspão no pescoço, e um companheiro da Cohab de Itaquera, ó, ileso, maior sorte.

Estranhamente o sentimento vingança e ódio da sociedade não se volta, em regra, contra pessoas envolvidas em grandes esquemas de corrupção e vultosos desvio de verbas públicas. Estranhamente porque esses crimes usualmente têm uma potencialidade lesiva muito maior que delitos cruentos praticados em desfavor de uma ou algumas vítimas.

A corrupção pode gerar diversas mortes (quando, por exemplo, a verba para construção de um hospital é desviada) e pode mesmo afetar o desenvolvimento do país (quando a construção/manutenção de escolas é prejudicada pelo desvio de recursos). Ainda assim, não se ouvem vozes defendendo que os envolvidos com a corrupção paguem com a vida por seus malfeitos.

4.7.4 A morte de policiais

Noutro giro, o número de agentes da lei que tiveram suas vidas ceifadas (em serviço e de folga) no Brasil também é bastante significativo.

No ano de 2013, segundo dados do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram 121 policiais mortos; no ano de 2014 esse número cai para 79, no ano de 2015, temos 103 agentes da lei assassinados e no ano de 2016 foram 453 policiais mortos.

A resposta estatal para esse alto número de mortes foi, tão somente, a aprovação da Lei 13.142/2015, que passou a considerar qualificado o homicídio praticado contra integrante de órgão de segurança pública (e membro das Forças Armadas, do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública), quando a

¹⁸¹ VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

morte guardar relação com a função desempenhada (como todo homicídio qualificado é crime hediondo, nos exatos termos do artigo 1º, I, da Lei 8.072/90, na prática a lei transmudou em hediondo o homicídio cometido contra tais servidores públicos, quando a morte for motivada pelo exercício da função).

A par de diversas outras medidas mais efetivas (contratação de mais servidores, capacitação, melhores equipamentos, melhores salários, dentre outras), o Brasil enfrentou o grave problema da morte de policiais por meio de lei que transmuda tal homicídio em crime hediondo. Trata-se de equivocado manejo do direito penal simbólico (alteração legislativa sem grande efetividade prática, que objetiva dar falsa sensação de segurança e de maior rigor no trato com violadores do ordenamento jurídico).

O que se assiste na prática é que, quando um policial é vitimado, a reação estatal é vigorosa, mas nem sempre lícita. É comum que, após eventos que envolvam a morte de agentes da lei, sejam deflagradas operações que culminam com a várias vítimas fatais (em algumas situações essas mortes findam não sendo efetivamente esclarecidas). A vingança estatal precisa ser evitada.

4.7.5 A apuração efetiva das mortes decorrentes oposição à ação policial

Em verdade, diferente do anseio de parte da população (que pensa que bandido bom é bandido morto) e mesmo do pensamento de parte dos policiais (que supõe que pode se transmudar em acusador e juízo definitivo de outro ser humano, ceifando-lhe a vida), o aparelho policial deve funcionar como garantidor dos direitos do cidadão.

O Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais (Direitos Humanos e Aplicação da Lei), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos¹⁸², quanto à atuação da polícia, afirma:

A polícia, enquanto força responsável pela aplicação da lei, tem claramente a obrigação de respeitar esta mesma lei, nomeadamente a legislação adoptada para promoção e protecção dos direitos humanos. Ao fazê-lo, estará a respeitar o princípio fundamental que serve de base à própria lei – o princípio do respeito pela dignidade humana. Estará também a reconhecer a inalienabilidade dos direitos humanos de todas as pessoas.

As bases de uma conduta policial ética e lícita são, pois, o respeito da lei, o respeito da dignidade humana e, conseqüentemente, o respeito dos direitos humanos.

¹⁸² Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Manual1.pdf>, acesso em 30/11/2016.

A atribuição legal de fazer cessar a prática delitosa (nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal a autoridade policial e seus agentes têm o dever de prender quem se achar em situação flagrante) não implica, em nenhuma medida, vilipêndio aos direitos fundamentais do autor do fato.

O indivíduo que resolve materializar fato criminoso pode perder, por imperativo legal e momentaneamente, apenas direito à liberdade. É preciso respeitar seu direito à vida, à integridade física, moral, privacidade/intimidade, dignidade, dentre outros.

O uso da força no curso da ação policial deve ser progressivo e cauteloso. O uso de força letal deve ser reservado a situações extremas (legítima defesa, por exemplo).

Caso haja necessidade da utilização de armas de fogo em confronto com criminosos com resultado morte é preciso materializar cuidadosa investigação com o fito de verificar a legalidade da ação dos policiais envolvidos.

Durante muito tempo, os eventos que culminavam com morte em ação policial não eram devidamente registrados e apurados. A equipe envolvida se limitava a lavrar ocorrência denominada auto de resistência, sem grande preocupação com a preservação do local do confronto, sem recolhimento de armas para materialização ulterior de perícia, sem formalização da oitiva dos envolvidos e pior, sem instauração de procedimento inquisitivo apuratório para investigar o evento.

As palavras de Philip Alston¹⁸³, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, da Organização das Nações Unidas sintetizam o quanto desenhado supra:

Na maior parte dos casos, os assassinatos cometidos por policiais em serviço são registrados como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”. Em 2007, no Rio de Janeiro, a polícia registrou 1.330 assassinatos por resistência, representando 18% do total de assassinatos no Rio de Janeiro. Na teoria, esses são casos em que a polícia usou força necessária e proporcional sobre a resistência às ordens de agentes da autoridade por suspeitos de crimes; na prática, o cenário é radicalmente diferente. É o próprio agente que primeiro determina se ocorreu execução extrajudicial ou assassinato legal. Apenas raramente, essas autotaxações são seriamente investigadas pela Polícia Civil. Recebi muitas alegações bastante críveis de que assassinatos por “resistência” eram, na verdade, execuções extrajudiciais. Isso é reforçado por estudos de relatórios de autópsias e pelo fato de a taxa de civis mortos pela polícia ser surpreendentemente alta.

¹⁸³ Relatório Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias da ONU (missão ao Brasil de 04 a 14 de novembro de 2007), disponível em http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/G0813470_PT_execucoessumarias.pdf, acesso em 30/11/2016.

Na mesma linha, Humberto Fabretti¹⁸⁴ assevera:

De forma concomitante às ações formais que têm por objetivo principal a ordem pública e estão despreocupadas em efetivar a cidadania, existem as ações estatais informais de desrespeito sistemático à lei e aos direitos humanos, representado, especialmente, pelas ações do Poder Executivo, principalmente através da polícia, que reiteradamente entre muitas outras ações, executa clandestinamente um sem-número de pessoas sob o inexistente rótulo jurídico de “resistência seguida de morte”.

Com o fito de frear tal falta de transparência na ação policial em confrontos com resultado morte e efetivamente apurar tais eventos, foi editada, em 13 de outubro de 2015, da Resolução Conjunta 02/2015 do Conselho Superior da Federal e do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil (determinando a instauração de inquérito policial para apuração da morte ou lesão corporal decorrentes de oposição à intervenção policial):

Art. 1º Ficam definidos os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial.

Art. 2º Os dirigentes dos órgãos de polícia judiciária providenciarão para que as ocorrências de que trata o art. 1º sejam registradas com a classificação "lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial" ou "homicídio decorrente de oposição à intervenção policial", conforme o caso.

Art. 3º Havendo resistência à legítima ação policial de natureza preventiva ou repressiva, ainda que por terceiros, o delegado de polícia verificará se o executor e as pessoas que o auxiliaram se valeram, moderadamente, dos meios necessários e disponíveis para defender-se ou para vencer a resistência.

§ 1º Se do emprego da força resultar ofensa à integridade corporal ou à vida do resistente, deverá ser imediatamente instaurado inquérito policial para apuração dos fatos, com tramitação prioritária.

§ 2º A instauração do inquérito policial será comunicada ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sem prejuízo do posterior envio de cópia do feito ao órgão correccional correspondente.

§ 3º Os objetos relacionados a evento danoso decorrente de resistência à intervenção policial, como armas, material balístico e veículos, deverão ser apreendidos pelo delegado de polícia.

§ 4º O delegado de polícia responsável pela investigação do evento danoso com resultado morte deverá requisitar o exame pericial do local, independentemente da remoção de pessoas e coisas.

§ 5º O delegado de polícia poderá requisitar registros de comunicação e de movimentação das viaturas envolvidas na ocorrência, dentre outras providências.

§ 6º O delegado responsável pela investigação representará pelas medidas cautelares necessárias à identificação de todos os policiais envolvidos na ação, ainda que não figurem entre aqueles qualificados na comunicação do fato.

¹⁸⁴ FABRETTI, Humberto Barriobuevo. **Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional**, São Paulo, Atlas, 2014, página 75.

§ 7º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o delegado poderá requisitar a apresentação dos policiais envolvidos na ocorrência, bem como de todos os objetos que possam interessar à investigação, sob pena de responsabilidade administrativa e criminal em caso de descumprimento da requisição.

§ 8º No caso de morte do resistente, é obrigatória a juntada do respectivo laudo necroscópico ou cadavérico aos autos do inquérito policial.

Art. 4º Nas hipóteses do art. 3º, os fatos serão noticiados preferencialmente ao delegado da Delegacia de Crimes contra a Pessoa ou da repartição de polícia judiciária, federal ou civil, com atribuição assemelhada.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, seguindo assinada pelos membros do Conselho Superior de Polícia, Superintendentes Regionais da Polícia Federal e membros do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil.

Em que pese não soar correta a nomenclatura do registro da ocorrência determinado pela resolução em testilha ("homicídio decorrente de oposição à intervenção policial"), vez que homicídio é o crime tipificado no artigo 121 do Código Penal e, quando o policial age em legítima defesa (própria ou de terceiro), finda não cometendo delito (porque acobertado por causa excludente de ilicitude, nos termos dos artigos 23 e 25 do Código Penal), o mandamento transcrito é um avanço.

A obrigatoriedade de atuação da polícia judiciária, por meio da confecção de inquérito policial, com materialização de perícia de local de crime, exame cadavérico, recolhimento de armas e estojos/projéteis para materialização de ulterior perícia e oitiva de todos os envolvidos na ação é salutar para demonstrar a licitude da ação estatal.

A resolução acima transcrita segue a trilha determinada pela Portaria Interministerial 4.226, de 31 de dezembro de 2010 (itens 10 e 11 do seu anexo I):

10. Quando o uso da força causar lesão ou morte de pessoa(s), o agente de segurança pública envolvido deverá realizar as seguintes ações:

- a) facilitar a prestação de socorro ou assistência médica aos feridos;

- b) promover a correta preservação do local da ocorrência;

- c) comunicar o fato ao seu superior imediato e à autoridade competente; e
- d) preencher o relatório individual correspondente sobre o uso da força, disciplinado na Diretriz nº 22.

11. Quando o uso da força causar lesão ou morte de pessoa(s), o órgão de segurança pública deverá realizar as seguintes ações:

- a) facilitar a assistência e/ou auxílio médico dos feridos;
- b) recolher e identificar as armas e munições de todos os envolvidos, vinculando-as aos seus respectivos portadores no momento da ocorrência;
- c) solicitar perícia criminalística para o exame de local e objetos bem como exames médico-legais;

- d) comunicar os fatos aos familiares ou amigos da(s) pessoa(s) ferida(s) ou morta(s);

- e) iniciar, por meio da Corregedoria da instituição, ou órgão equivalente, investigação imediata dos fatos e circunstâncias do emprego da força;

- f) promover a assistência médica às pessoas feridas em decorrência da intervenção, incluindo atenção às possíveis sequelas;
- g) promover o devido acompanhamento psicológico aos agentes de segurança pública envolvidos, permitindo-lhes superar ou minimizar os efeitos decorrentes do fato ocorrido; e
- h) afastar temporariamente do serviço operacional, para avaliação psicológica e redução do estresse, os agentes de segurança pública envolvidos diretamente em ocorrências com resultado letal.

Essa apuração séria do evento morte no bojo de ação policial é, aliás, uma das recomendações do citado relatório de Philip Alston¹⁸⁵, no ano de 2007:

A Polícia Civil e os serviços de polícia da Corregedoria devem investigar eficazmente as mortes cometidas pela polícia. Em muitos Estados, o atual sistema de imediata classificação dos assassinatos policiais como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte” são completamente inaceitáveis. Cada morte violenta é um potencial assassinato e deve ser investigado como tal.

Mesmo com ações efetivas, como a determinação de efetiva apuração das mortes violentas decorrentes de confrontos com a polícia, os eventos ainda carecem de investigação mais profunda, como faz crer o relatório da Anistia Internacional de 2016¹⁸⁶:

Em 2015, o número de homicídios durante operações policiais permaneceu alto, mas a falta de transparência na maioria dos estados impossibilitou que se calculasse o número exato de pessoas mortas em consequência dessas operações. Nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, a quantidade de pessoas mortas por policiais no cumprimento de suas funções aumentou significativamente, mantendo-se a tendência observada em 2014. Os homicídios cometidos por policiais em serviço raramente foram investigados, e os relatos de que os agentes envolvidos tentavam alterar a cena do crime e criminalizar as vítimas eram frequentes. Policiais muitas vezes tentavam justificar as mortes como atos de legítima defesa, alegando que as vítimas teriam resistido à prisão.

4.7.6 Pensando a letalidade policial

Os números ligados à letalidade na ação policial brasileira são efetivamente muito altos. É inegável que a polícia tira muitas vidas (tanto em ações lícitas, em face da existência de excludente de ilicitude, quanto em execuções à margem da lei).

A compreensão do problema passa por perceber que os índices de criminalidade não são controlados apenas com a utilização do aparelho policial. Imaginar que a diminuição da violência depende fundamentalmente da quantidade

¹⁸⁵ Em http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/G0813470_PT_execucoessumarias.pdf, acesso em 30/11/2016.

¹⁸⁶ Em https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf, acesso em 30/11/2016.

de policiais nas ruas é querer enxergar a questão atuando apenas em sua consequência (ignorando as causas).

Se é certo que a criminologia entende o crime como fenômeno complexo, explicado por diferentes teorias e com inúmeras causas, é também verdade que investimentos em educação, saúde, lazer, saneamento, iluminação pública, podem minimizar desigualdades e contribuir para frear a criminalidade.

A letalidade na ação das polícias (falando especificamente nas execuções) é reflexo, em grande medida, de um cenário extremamente pessimista desenhado pelo estudo do sistema de persecução criminal.

A morte finda sendo a solução rápida e definitiva para um sistema cheio de máculas (falta de estrutura e desprestígio da função policial, processos longos, impunidade, sistema prisional carcomido, reincidência, dentre outros aspectos).

Essa falta de esperança na solução constitucionalmente e legalmente desenhada (de atuação lícita das polícias, de um sistema investigativo eficiente, que cuide de colher provas efetivas da prática delitativa, de uma acusação ágil, de um processo enxuto e que respeite o direito de defesa do réu, da certeza da punição aos que atropelaram a lei e de uma execução penal que retribua, previna e ressocialize) faz nascer a sensação de que o país passa por uma guerra travada entre “os homens de bem” e os criminosos, onde a morte destes finda sendo a saída mais cômoda para tranquilidade daqueles.

Trata-se de visão míope, que finda enxergando como inimigo um indivíduo que normalmente já é párea (em razão da pobreza, da falta de estudo, da exposição precoce à violência, oriundo de família desestruturada). Em regra, como visto supra, esse é o alvo usual da violência policial e das execuções extrajudiciais sumárias.

Chancelar essa ideia (ainda que informalmente, entendendo que “bandido bom é bandido morto”) é contribuir para a marginalização do próprio policial. Sim, porque o policial que mata (sem estar amparado pelo manto da legítima defesa) ou tortura investigado finda se transmudando em criminoso.

A execução extrajudicial por parte da polícia empresta um poder de fato gigantesco ao mau policial. Ele decide, em um processo sumário e extremamente veloz (apartado de defesa formal, de possibilidade recursal, dentre outros direitos outorgados pela Constituição Federal) acerca da vida ou morte de um cidadão. O Estado não pode se permitir tirar a vida de um cidadão sem autorização legal para tanto.

Uma preocupação ainda maior é o envolvimento de policiais com o crime organizado (como visto supra, criminosos travestidos de policiais formam milícias armadas, que se notabilizam pela violência, com o fito de impor sua dominação em determinado território).

A sociedade brasileira precisa evoluir e lutar contra o vilipêndio de direitos fundamentais. É preciso mudar o pensamento e exigir que o cidadão, mesmo o que opta por praticar ilícitos, tenha seus direitos respeitados (direitos e garantias constitucionais são para todos).

A própria polícia precisa se opor à prática de excessos sob o espúrio argumento de defesa da sociedade (parar de aceitar o desempenho do papel sujo de atuar à margem da lei). Para tanto é importante reforçar que o respeito aos direitos humanos da população é um dever de ofício do policial (esse reforço deve ser materializado desde as academias de polícia, passando por cursos frequentes de capacitação).

As investigações da polícia judiciária acerca de mortes que tenham indícios de execução precisam ser ágeis e efetivas (com utilização de todas as técnicas e meios de colheitas de provas possíveis, com o fito de esclarecer o evento suspeito).

As corregedorias das polícias precisam atuar e coibir tais eventos criminosos.

O Ministério Público precisa acompanhar ditas investigações de perto, levando a efeito sua atribuição constitucional de exercer o controle externo da atividade policial.

De outra banda, é importantíssimo atentar para o número de policiais mortos. Limitar-se a produzir novas leis que efetivamente não enfrentam o problema (direito penal simbólico) não contribui para redução dos índices.

É preciso contratar mais policiais, treiná-los efetivamente e melhorar suas condições de trabalho (inclusive no que toca à remuneração). Caso ainda assim algum agente estatal perca a vida, a investigação deve ser ágil e efetiva (não se transmudando em vingança estatal guiada a tirar a vida dos criminosos envolvidos na prática).

Enfim, trata-se de tema extremamente delicado e que precisa ser enfrentado pela sociedade e pelos órgãos estatais envolvidos na persecução penal, com o objetivo de diminuir o número de vítimas dessa guerra (tanto do lado dos investigados executados, quanto do lado dos policiais mortos). Passa da hora do assunto ser trazido à tona. Precisamos evoluir.

4.7.7 Não admissão da investigação por prospecção e construção do axioma

A outra faceta da construção do axioma tratado neste tópico é construir proibição para materialização da investigação criminal por prospecção.

A existência de investigação estatal formal pressupõe a prática de infração penal. A partir da notícia de que um crime ou contravenção penal foi cometido é que o aparelho policial deve se movimentar para, em um primeiro momento, detectar que a infração existiu e, a seguir, provar sua materialidade e levantar indícios suficientes de autoria.

A investigação por prospecção inverte essa lógica. Significa investigar pessoas para descobrir se elas eventualmente praticaram infrações penais. Trata-se de apuração desapegada do direito penal do fato e próxima do direito penal do autor. Significa dirigir a atuação estatal para pessoas determinadas, o que é extremamente perigoso em um regime democrático.

Não se deve admitir a instauração de inquérito policial sem delimitação efetiva do fato investigado. Ao revés, a deflagração de procedimento investigativo deve ser fundamentada em notícia de crime dotada de mínima consistência, devidamente checada pelo aparelho policial, na forma do artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal¹⁸⁷.

De igual sorte, o Poder Judiciário deve se abster de determinar mitigação de direitos fundamentais, quando detectar que tal filtro não foi observado pela polícia (denegando pleitos que objetivem, por exemplo, afastamento do sigilo das comunicações telefônicas, busca e apreensão, prisões cautelares, dentre outros em investigação feita por prospecção).

Em síntese, o presente axioma tem o objetivo de evitar a utilização da máquina investigativa para perseguir pessoas (seja iniciando investigações instauradas sem o mínimo de lastro em elementos que demonstrem prática de crime, seja usando do poder estatal armado para executar indivíduos supostamente envolvidos com delitos) - não há investigação criminal formal sem finalidade investigativa.

¹⁸⁷ § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

4.8. Não há investigação criminal sem mínima publicidade

O tópico tem o objetivo de analisar a publicidade na fase investigativa e se volta a duas finalidades: a) análise da divulgação de casos criminais – ponderação entre os direitos à intimidade/privacidade do investigado e o direito da sociedade de conhecer o malfeito praticado; b) o direito do investigado de conhecer e participar do inquérito policial, informando-se acerca dos elementos de informação e prova já produzidos e possibilitando a proposição de elementos e provas que demonstrem sua versão.

4.8.1. Interesse público na divulgação de malfeitos x direito à intimidade/privacidade de investigados (análise da fase pré-processual)

A publicidade de casos criminais opõe os direitos à intimidade/privacidade (artigo 5º, X, da Constituição Federal) e os direitos de acesso à informação e de livre publicação (artigos 5º, XIV, e 220 da Carta da República):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Se por um lado a sensação de impunidade cede com a divulgação dos resultados alcançados pelos órgãos de persecução penal nas investigações, é preciso muita cautela, com o fito de evitar antecipação de culpa.

O poder destrutivo de informações hoje facilmente disseminadas pelos meios de comunicação, e que podem ganhar ainda mais velocidade de trânsito em razão da internet, das redes sociais e de aplicativos de mensagens instantâneas, pode vir

a macular irremediavelmente quem for envolvido por equívoco nos crimes investigados.

É extremamente difícil mensurar os problemas que podem ser causados pela errônea divulgação do nome de uma pessoa como participante de um caso criminal grave, em caso de posterior absolvição (ainda que esta se dê por insuficiência de provas). A reputação do indivíduo e mesmo seu círculo familiar podem ser gravemente afetados.

No curso da investigação policial, a regra é o sigilo (tal qual determinado pelo artigo 20 do Código de Processo Penal). É da lógica investigativa que a publicidade antecipada do objeto da apuração prejudica a elucidação do fato criminoso.

O anseio da população em conhecer os detalhes da investigação deve ser freado neste momento, visto que a colheita de provas pode ser afetada caso os autores do fato apurado descubram a linha investigativa traçada pelo aparelho policial (não é seguir a melhor doutrina policial divulgar a todo instante as provas coligidas no curso do inquérito policial ainda não finalizado – isso pode redundar em interferência indevida da opinião pública e da mídia na condução da investigação).

Finda a investigação policial, não parece haver óbice em dar certa publicidade ao trabalho materializado pelo Estado-investigação, com o fito de demonstrar que a prática delitiva restou elucidada. A publicidade neste momento (ou em instante imediatamente posterior – o oferecimento da exordial acusatória) deve ser extremamente cautelosa, sob pena de se transmudar em antecipação de culpa (a influenciar a sociedade, que finda interpretando que a repetição da notícia significa, inexoravelmente, que a mesma é verdadeira, e o íntimo dos juízes que vão apreciar futuramente o processo).

A sensação de que a notícia posta pela mídia pode funcionar como condenação antecipada é assustadora para o investigado/acusado. É inegável que, além da tarefa de se defender no bojo do feito, a publicidade exacerbada em torno de um caso judicial tornado famoso pela mídia finda trazendo novo encargo para o acusado, o de tentar convencer a população da sua inocência.

Antoine Garapon¹⁸⁸ descreve sua preocupação com excessos midiáticos na França (sua abordagem, quanto ao juízo de instrução francês, adequa-se à nossa fase pré-processual):

¹⁸⁸ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia**, Instituto Piaget, página 67.

As relações entre a imprensa e a justiça são exacerbadas pelo arcaísmo do nosso sistema inquisitorial, que confere demasiada importância ao juiz de instrução e não a suficiente à audiência. Em muitos casos comuns, a verdadeira pena não é decidida pelo tribunal mas *ab initio* pelo juiz de instrução no decorrer da detenção preventiva. Esta será, na maior parte dos casos, coberta pela jurisdição do julgamento. O momento da justiça, o único em que as garantias processuais podem desempenhar convenientemente as suas tarefas, é a audiência.

O pretoso arcaísmo do nosso sistema penal justifica todos os excessos dos *media*. Por que razão todos desprezam o segredo da instrução e a presunção da inocência? Porque os próprios magistrados não a respeitam, afirmava recentemente um jornalista. Em França, começa-se por destruir a reputação dos suspeitos encarcerando-os, e investiga-se depois. Tudo se desenrola com a exposição dos suspeitos na praça pública pelo juiz de instrução e pelos *media*. Tudo é tornado público, nas piores condições, já que é a imprensa quem, em última análise, quem define quem é culpado e quem é inocente.

4.8.2. Interesse público na divulgação de malfeitos x direito à intimidade/privacidade de réus (análise da fase processual)

O estudo do processo penal constitucional, por seu turno, parece conduzir à constatação de que, em regra, a fase processual é pública e que é direito do cidadão brasileiro se informar acerca do trâmite de ações penais em curso e do desfecho das mesmas.

É o quanto desenhado pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

E pelo artigo 792, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

A análise do sistema processual penal brasileiro faz crer que eventual restrição à publicidade processual só pode ser levada a efeito como exceção e desde que respeitado o interesse público à informação (nos crimes contra a dignidade sexual, para salvaguardar a intimidade da vítima, por exemplo).

Ainda assim é importante cautela, visto que só é possível efetivamente considerar cidadão brasileiro culpado de prática delitígena depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, nos exatos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

4.8.3 Publicidade x alvos do sistema de persecução penal

Encontrar o meio termo entre dar publicidade ao caso (com o risco de assassinar reputações antes do pronunciamento final do Poder Judiciário) e deixar de publicar a notícia (correndo-se o risco de alijar a população de conhecer os detalhes de crimes graves) é tarefa árdua.

A situação se agrava no Brasil, vez que nosso sistema de persecução penal parece ser mais efetivo com os menos afortunados, iletrados e incapazes de constituir causídicos que consigam frear o curso da marcha processual, identificar nulidades e procrastinar a manifestação definitiva do Estado.

Se o olhar se voltar ao cárcere, como dito supra, essa situação fica ainda mais visível. É muito difícil encontrar pessoas com maior poder aquisitivo atrás das grades, ainda que o fato praticado seja extremamente deletério ao tecido social (como nos crimes relacionados ao desvio de verbas públicas, que findam atingindo muito mais pessoas que crimes cruentos individuais).

Oscar Vilhena Vieira sintetiza muito bem essa realidade no texto *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*¹⁸⁹:

O argumento central proposto aqui é que a exclusão social e econômica, oriunda de níveis extremos e persistentes de desigualdade, causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. Em síntese, a desigualdade profunda e duradoura gera a erosão da integridade do Estado de Direito. A lei e os direitos sob essas circunstâncias podem, com frequência, ser vistos como uma farsa, como uma questão de poder, para que aqueles que estão entre os mais afortunados possam negociar os termos de suas relações com os excluídos.

¹⁸⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*. Revista Internacional de Direitos Humanos, número 6, ano 4, 2007, página 42.

Em seu ensaio o autor fala de três figuras na sociedade: os invisíveis, os demonizados e os imunes. A respeito da invisibilidade, o autor afirma:

Invisibilidade significa aqui que o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos. A perda de vidas humanas ou a ofensa à dignidade dos economicamente menos favorecidos, embora relatada e amplamente conhecida, é invisível no sentido de que não resulta em uma reação política e jurídica que gere uma mudança social.

O indivíduo invisível é o pobre, cujas agruras não são observadas, sentidas, nem objeto de preocupações pelo restante da população. Quando esse indivíduo, outrora invisível, comete crimes, ele se torna demonizado (a população se sente atacada e finda admitindo vilipêndio aos seus direitos). Ainda nas palavras de Oscar Vilhena (sobre o demonizado):

Demonização, portanto, é o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito. Seguindo uma frase famosa de Grahman Greene, eles se tornam parte de uma “classe torturável”. Qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune.

Finalmente chegamos aos imunes, assim definidos pelo citado autor:

A imunidade perante a lei, para aqueles que ocupam uma posição extremamente privilegiada na sociedade, é a terceira consequência da desigualdade profunda que resta ser mencionada aqui. Numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se vêem como seres acima da lei e imunes à obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas. A ideia de imunidade pode ser entendida focando-se na impunidade dos violadores de direitos humanos ou daqueles envolvidos em corrupção, poderosos ou economicamente favorecidos.

Observando a publicação pela mídia de casos criminais, é interessante notar que, usualmente, só se fala em cautela na divulgação massiva pela imprensa de crimes praticados pelos indivíduos que se inserem nas castas mais abastadas (os imunes).

Não há grande preocupação da sociedade (e mesmo do meio jurídico) em discutir o direito à privacidade do pobre (invisíveis ou demonizados). Aqui parece haver apoio explícito à criação da imagem do criminoso cruel e sanguinário, sem qualquer reação social em sentido contrário. Pode-se divulgar o nome, filmar e fotografar o rosto, dizer onde mora, enfim, devassar a vida. Em regra, a sociedade se sente bem informada e satisfeita ao conhecer os detalhes de crimes cruéis praticados por desfavorecidos (é importante conhecer a fundo o “inimigo”). A mídia aqui não encontra grande oposição social diante de eventuais abusos.

Já no que toca à categoria dos cidadãos de maior poder aquisitivo, a situação é diferente. Em regra, a divulgação de maiores detalhes da investigação ou do processo que envolve indivíduo com mais posses ou poder é vista como absurda e censurável.

Importante notar que, diante da quase sempre lenta máquina estatal de persecução penal, o “linchamento midiático” finda sendo a única pena efetiva enfrentada pelo poderoso envolvido em grandes esquemas de corrupção (já que, como dito supra, a capacidade econômica de contratação de grandes advogados, a forte influência política e mesmo a redobrada cautela do Judiciário em avaliar o caso findam conduzindo à impunidade – ou pelo menos à demora excessiva do trâmite processual¹⁹⁰).

Seja em relação a desafortunados, seja em relação a poderosos, não há dúvida que os representantes do Estado (investigação, acusação e os julgadores) precisam ter bastante cautela no trato com o caro direito à intimidade/privacidade, sem, entretanto, descuidar da necessidade de demonstrar à população que o trabalho vem sendo executado de maneira correta e que há provas efetivas do cometimento de determinado ilícito.

4.8.4 Dois casos célebres de falhas estatais verberadas pela mídia

Quando o aparelho policial finda sendo influenciado pela comoção da sociedade, em virtude da ampla divulgação do caso criminal pela mídia, a possibilidade de falha na condução da investigação é maximizada (porque a pressão por resultados pode resultar no atropelo de direitos e em conclusões precipitadas).

Exemplo claro desse panorama foi o da Escola Base¹⁹¹. A instituição de ensino, localizada no Estado de São Paulo, foi alvo de hostilidades da população em face da notícia de crime prestada por mães de alunos que alegaram que seus filhos, então com quatro anos de idade, foram abusados sexualmente em suas dependências, no ano de 1994.

¹⁹⁰ Cesare Beccaria menciona a necessidade de presteza da pena em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (citada supra). Diz o autor: “É, pois, de suma importância punir prontamente um crime, se se quiser que, no espírito rude do vulgo, a sedutora imagem das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a ideia de um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas ideias.

¹⁹¹ O caso em questão foi retratado no livro **Caso escola base: os abusos da imprensa**, de Alex Ribeiro, publicado pela editora Ática, no ano de 1995.

Os investigados foram os donos da escola (um casal), uma professora e seu marido. Depois de uma apuração inquisitiva fortemente acompanhada e influenciada pela mídia, o inquérito policial findou arquivado por absoluta insuficiência de provas.

A escola e os envolvidos sofreram o já mencionado linchamento moral, em face do repetido pré-julgamento do caso e, depois do insucesso da persecução penal, porque falsas as acusações, ingressaram em juízo em busca de reparação moral. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu ganho de causa aos autores e condenou um dos veículos de comunicação ao pagamento de R\$ 300.000,00 a cada um dos requerentes. O Superior Tribunal de Justiça¹⁹² reconheceu os danos morais, mas findou reduzindo a condenação, que restou assentada em R\$ 100.000,00. Eis a ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. "CASO DA ESCOLA BASE". GRAVES ACUSAÇÕES DIVULGADAS PELA MÍDIA. ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS EM ESCOLA. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO POR ABSOLUTA FALTA DE MÍNIMOS ELEMENTOS CONTRÁRIOS AOS INVESTIGADOS. AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. DANOS MORAIS. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO NA ESPÉCIE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Demanda indenizatória decorrente de fatos amplamente noticiados na época pela mídia, de forma ininterrupta e por vários dias, envolvendo graves e infundadas acusações de abusos sexuais e exploração de crianças contra os autores deste processo ("Caso da Escola Base"). 2. A petição inicial não deve ser considerada inepta quando, com a narração dos fatos contidos na exordial, seja possível a razoável compreensão, por parte do magistrado, da causa de pedir e do pedido. Precedentes desta Corte Superior. 3. Também não deve ser declarada como inepta a inicial que possibilita o exercício de defesa, permitindo o pleno contraditório, podendo-se, ainda, vislumbrar perfeitamente o pedido e a causa de pedir. 4. Prospera o pedido de redução do valor indenizatório fixado a título de danos morais, pois a pretensão trazida no especial se enquadra nas exceções que permitem a interferência desta Corte Superior, uma vez que o valor arbitrado mostra-se, diante das particularidades da causa, exorbitante. 5. Recurso especial parcialmente provido, para reduzir o valor da indenização para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a cada um dos autores, corrigidos a partir da data deste julgamento.

A segunda situação célebre de falha do aparelho estatal de persecução sob influência e pressão da sociedade/mídia, à guisa de exemplo ilustrativo, foi conhecido como crime do Bar Bodega. Em síntese apertada, cinco pessoas adentraram no estabelecimento comercial (que pertencia a atores da Rede Globo de televisão) e findaram praticado crime de latrocínio (com duas vítimas fatais), no ano de 1996.

Em face do forte apelo midiático, a Polícia Civil do Estado de São Paulo findou apresentando os supostos autores da rapina poucos dias depois da prática do

¹⁹² STJ, Terceira Turma, REsp 1215294/SP, relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe em 11/02/2014.

delito. Os investigados foram submetidos a sessões de tortura para confessarem o crime e, mais tarde, restou evidenciado que os verdadeiros autores da infração penal foram outros indivíduos.

O caso foi retratado na obra *Bar Bodega*, um crime de imprensa, de Carlos Dornelles, publicado pela editora Globo, em 2007.

O Supremo Tribunal Federal¹⁹³ condenou o Estado de São Paulo a ressarcir uma das pessoas presas injustamente, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. “BAR BODEGA”. DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR, QUE SE RECONHECEU INDEVIDA, CONTRA PESSOA QUE FOI SUBMETIDA A INVESTIGAÇÃO PENAL PELO PODER PÚBLICO. ADOÇÃO DESSA MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE CONTRA QUEM NÃO TEVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM O FATO CRIMINOSO. INADMISSIBILIDADE DESSE COMPORTAMENTO IMPUTÁVEL AO APARELHO DE ESTADO. PERDA DO EMPREGO COMO DIRETA CONSEQÜÊNCIA DA INDEVIDA PRISÃO PREVENTIVA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF). DOCTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE CONHECIDO E IMPROVIDO.

4.8.5 Publicidade sem paixões

O tema, como visto supra, é extremamente complexo porque envolve direitos caros à sociedade. É preciso tempero e cautela na divulgação de casos criminais, principalmente quando ainda não há decisão judicial reconhecendo a culpa do envolvido, sob pena evitar o julgamento antecipado do caso pela sociedade (que pode influenciar de maneira perniciosa representantes de órgãos estatais de persecução).

O Estado e a mídia precisam evitar a exibição tendenciosa do caso criminal, porque a mácula que a exposição produz no inocente é deletéria. É premente que as

¹⁹³ STF, RE 385.943-0, relator Min. Celso de Mello

autoridades envolvidas em apurações de delitos se dispam do agouro justiceiro de se transmudarem em heróis.

O que a sociedade precisa (e o ordenamento jurídico exige) é da correta colheita de provas (seja na fase pré-processual, seja no curso da ação penal) e do respeito à Constituição Federal e à legislação processual penal de regência, sem atropelos. A mídia e a pressão social pela rápida elucidação de eventual caso rumoroso não podem pautar a atuação dos órgãos de persecução (o último tópico demonstrou duas situações pontuais em que tal realidade foi desastrosa).

Após o regular tramitar de investigação ou de processo, sem paixões e com a profícua análise dos elementos coligidos, é salutar (e é direito da corpo social) divulgar, também de forma técnica e sem espetáculo, o resultado da persecução, de forma a demonstrar que a lei penal deve ser aplicada indistintamente a todos os cidadãos brasileiros que optam pela prática de ilícitos (tanto o desfavorecido, usualmente envolvido na prática de crimes violentos individuais contra o patrimônio, quanto o abastado e poderoso, envolvido em intrincados esquemas de corrupção, por vezes muito mais deletérios ao tecido social).

Eventuais pontos fora da curva, que signifiquem abuso no direito de publicar e informar, devem ser corrigidos pelo Judiciário, na forma do artigo 5º, X, da Constituição Federal, indenizando-se os prejudicados.

4.8.6 A publicidade interna

Em que pese ser procedimento investigativo sigiloso, o inquérito policial necessita de um momento de mitigação do sigilo interno, com o fito de cientificar o investigado de que ele é suspeito da prática delitiva apurada. Tal ciência tem o objetivo de dar ao investigado a oportunidade de, se quiser, participar ativamente do feito, propondo colheita de elementos informativos e provas aptas a, eventualmente, demonstrar sua inocência.

É preciso deixar claro que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o investigado não se resume a um objeto da investigação. Ele é sujeito de direitos e pode, querendo, solicitar a materialização de diligências que auxiliem a descortinar o fato supostamente criminoso (como declinado no artigo 14 do Código de Processo Penal).

O momento da publicidade interna (ciência dada ao investigado de que há inquérito em andamento) depende do caso criminal. Há trabalhos investigativos mais complexos, nos quais se deve evitar que o investigado conheça a linha investigativa, com o fito de não atrapalhar a colheita de provas. Há outros casos criminais mais simplórios, nos quais não se vislumbra prejuízo no fato do investigado conhecer o objeto da investigação e as diligências determinadas para elucidação dos fatos.

Seja no caso complexo, seja no caso simplório, antes do término do apuratório, será preciso dar ao investigado amplo conhecimento do que tiver sido levantado pelo aparelho policial, para que ele se manifeste, querendo, acerca dos elementos coligidos (a investigação criminal constitucional não pode ser manejada por meio de expedientes secretos e desconhecidos). É temerário que alguém seja investigado e não tenha, sequer, chance de falar acerca do trabalho desenvolvido pela polícia investigativa.

Para tanto, é oportuno que a intimação do investigado seja realizada com antecedência razoável para que ele possa, caso queira, constituir advogado e se inteirar de todos os elementos informativos e provas existentes no feito (artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/94 e Súmula Vinculante 14).

De maneira inovadora (e seguindo a linha preconizada nesse trabalho), a Lei 12.850/13 (artigo 23, parágrafo único) prevê expressamente a necessidade de prazo mínimo na intimação do investigado, para que ele possa conhecer os elementos do inquérito policial antes de sua oitiva formal:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

É importante, de igual sorte, que o ato formal de indiciamento seja sempre cientificado ao indiciado (dando-lhe oportunidade de conhecer as razões que levaram o delegado a materializar o ato formal previsto no artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/13).

4.8.7 A construção do axioma

Analisando as duas facetas da publicidade (externa e interna), é possível construir que: não há investigação criminal sem mínima publicidade externa e interna.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi propor a criação de axiomas (verbetes que funcionem como premissas para desenvolvimento de trabalho consistente e livre de pechas) que limitem a investigação estatal. O aparelho policial estatal precisa se esmerar em coligir elementos que demonstrem a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, sem descuidar do irrestrito respeito aos direitos fundamentais dos investigados.

A investigação que atropela direitos fundamentais é equivocada e desleal. A máquina de persecução penal é pesada e não pode ser mirada para o investigado, perseguindo-o.

O vilipêndio a direitos fundamentais na fase investigativa é ainda mais preocupante, porque normalmente os abusos estatais são voltados à parcela mais pobre da população.

Investigações iniciadas sem justa causa, instauradas por órgãos sem atribuição investigativa outorgada pela Constituição Federal ou pela legislação processual penal, prática de tortura, mitigação ao direito à inviolabilidade de domicílio fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas, execuções extrajudiciais, investigações por prospecção, publicidade exacerbada de casos criminais, dentre outras disfunções devem ser evitadas pela polícia investigativa.

Essa foi a trilha seguida pelo texto, apresentar regras que orientem/limitem a investigação, de modo a reafirmar a importância do respeito aos direitos fundamentais no curso da persecução penal.

É preciso por fim à ideia de que a atuação garantista dos atores que lidam com o processo penal diminui a eficiência ou prejudica os resultados de investigações e processos criminais ou que observar direitos dos alvos do sistema punitivo é estimular impunidade. Ao revés, a materialização de uma investigação calcada na estrita obediência aos ditames constitucionais e às leis de regência faz com que o apuratório seja construído livre de pechas e ilicitudes (o que evita anulação de elementos probantes e leva a uma responsabilização penal mais efetiva, leal e justa).

Como demonstrado no texto, o respeito ao primeiro axioma (não há procedimento investigativo sem lei que o crie e o delimite) faz com que o cidadão

que é alvo da investigação estatal saiba de antemão todas as regras que gravitam em torno do procedimento apuratório (o que evita surpresas no tramitar do feito).

A segunda regra (não há investigação criminal sem presidência de autoridade imparcial, imparcial e desinteressada, em procedimento que tramite em órgão com atribuição investigativa outorgada pela Constituição Federal ou pela legislação), é exigência voltada à autoridade pública encarregada de presidir o procedimento investigatório estatal. Reclama respeito ao sistema acusatório (numa análise mais ampla, não limitada à míope repartição das funções estatais de acusar e julgar), evitando cumulação indevida de competências/atribuições (que prejudica a paridade de armas e o equilíbrio de toda persecução penal).

O terceiro axioma (não há investigação criminal sem justa causa) preceitua que a investigação estatal só pode ser iniciada quando fundada em indícios mínimos da prática de infração penal (por isso é preciso atenção a notícias de crime apócrifas, refinando-as por meio de levantamentos preliminares) e exige especial cuidado do presidente do procedimento investigativo em relação a situações supostamente flagranciais (reclamando prevalência da liberdade em detrimento do encarceramento). O delegado de polícia é autoridade apta a avaliar todo conceito analítico do crime e só deve restringir a liberdade do investigado (por meio da confecção de auto de prisão em flagrante), quando indvidoso o estado de flagrância e inaplicável saída menos gravosa (lavratura de termo circunstanciado ou instauração do inquérito por portaria, por exemplo).

A quarta regra (não há prova da materialidade e indícios de autoria sem observância das regras constitucionais e legais) é voltada à construção de hígido cabedal probante no curso da investigação estatal, rechaçando-se a prova obtida por meios ilícitos (em especial a obtida mediante prática de tortura). A observância do postulado faz com que se diminua a possibilidade de anulação de investigações calcadas em desrespeito a direitos fundamentais do investigado.

O quinto postulado (não há decretação de medidas investigativas signifiquem mitigação de direitos fundamentais sem efetiva demonstração de necessidade) afirma que relativização de direitos fundamentais só pode ser materializada excepcionalmente, com efetiva demonstração da necessidade da medida e do adimplemento dos requisitos autorizadores da mesma.

O sexto apontamento (não há investigação criminal formal sem finalidade investigativa) é uma ode contra execuções extrajudiciais e em face de investigações

por prospecção. O objetivo do procedimento investigativo é descortinar fato supostamente criminoso e a existência do apuratório pressupõe suspeita razoável da prática de uma infração penal (a função estatal de investigar malfeitos é reativa e só pode ser iniciada depois da prática de um crime). É inadmissível que o Estado se transmude em odiosa máquina de ceifar a vida de pessoas ou em um aparelho que investigue pessoas em face de quem não exista indício mínimo de participação em infração penal.

Por fim, foi criado o sétimo axioma (não há investigação criminal sem mínima publicidade), que festeja o princípio da publicidade (que deve ser, de certa forma, mitigada no curso da investigação criminal até determinado momento). O cidadão brasileiro tem o direito de saber que foi alvo do sistema estatal de investigação (ainda que se conclua pela ausência de responsabilidade). A participação do investigado/indiciado deve ser estimulada para que seja possível confrontar os elementos coligidos na apuração com a versão informada pelo suspeito. Noutra giro, a sociedade tem o direito de conhecer os malfeitos praticados e o aparelho policial precisa prestar contas da sua atividade investigativa sem, contudo, extrapolar e atentar contra a reputação do investigado (deve-se levar em conta que no curso do procedimento investigativo não há formulação de acusação e a divulgação do trabalho investigativo deve ser feita com parcimônia, de modo a não macular a reputação de alguém que ainda não foi definitivamente condenado).

Seguir os sete axiomas aqui propostos e melhorar as condições gerais da polícia investigativa (estrutura, efetivo, treinamento, vencimentos, dentre outros aspectos) servirá para minimizar os ataques a direitos fundamentais dos investigados manejados pelo estado e para que o aparelho policial produza investigações híidas e com estrita observância à Constituição Federal e à legislação de regência.

REFERÊNCIAS

- BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo Fundo/RS: Paster Editora, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Saraiva, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DA ROSA, Alexandre Moraes. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- DAURA, Anderson Souza. **Inquérito Policial – Competência e Nulidade de Atos de Polícia Judiciária**. Juruá, 2009.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual Esquemático de Criminologia**. 5ª. edição, São Paulo, Saraiva, 2015.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia**, Instituto Piaget.

GOLDSCHIMIDT, Werner. **La Omparcialidad como Principio Básico del Proceso**. Revista de Derecho Procesal, n.2, 1950.

GUERRA, Cláudio, NETTO, Marcelo e MEDEIROS, Rogério. **Memórias de uma guerra suja**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobson. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**; tradução Karyna Batista Sposato, Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia; SALLA, Fernando A. **Tortura no Brasil: pesadelo sem fim?** São Paulo: Ciência Hoje – SBPC 176, 2001.

SAPORI, Luís Flávio, SOARES, Gláucio Ary Dillon Soares. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora - Editora PUC Minas, 2015

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial – Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual**. Campinas/SP: Millennium Editora, 2016.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR e Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, Podium, 2010.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**, São Paulo, Companhia das Letras.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito**. Revista Internacional de Direitos Humanos, número 6, ano 4, 2007.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Manual1.pdf>, acesso em 30/11/2016.

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24028895/pg-27-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-03-01-2011>, acesso em 30/11/2016.

https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf, acesso em 30/11/2016.

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Manual1.pdf>, acesso em 30/11/2016.

http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/G0813470_PT_execucoessumarias.pdf, acesso em 30/11/2016.

http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/G0813470_PT_execucoessumarias.pdf, acesso em 30/11/2016.

https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf, acesso em 30/11/2016.