

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CLÉBER HENRIQUE MARTINS DE OLIVEIRA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS**

MARÍLIA
2009

CLÉBER HENRIQUE MARTINS DE OLIVEIRA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Construção do Saber Jurídico).

Orientador:
Prof. Dr. Jairo José Gênova

MARÍLIA
2009

OLIVEIRA, Cléber Henrique Martins de
Investigação criminal à luz das garantias constitucionais /
Cléber Henrique Martins de Oliveira; orientador: Jairo José Gênova.
Marília, SP: [s.n.], 2009.
106f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário
Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da
Rocha.

1. Estado de direito e garantias constitucionais. 2.
Fundamentos da justiça criminal e o garantismo penal. 3. Atribuições
da polícia judiciária no Brasil. 4. Nova polícia judiciária. 5. Novo
inquérito policial. 6. Nova forma de investigação.

CDD: 341.43

CLÉBER HENRIQUE MARTINS DE OLIVEIRA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do UNIVEM,/ F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2009

Aos meus pais Armando e Adair
Aos meus irmãos Claucer e Gláucia
Ao meu filho Matheus Henrique
À minha mulher Silvana

AGRADECIMENTOS

A Deus por cada momento vivido.

Ao meu filho Matheus Henrique, fonte de inspiração, amor e carinho.

À minha mulher e companheira Silvana, incansável, sempre ao meu lado.

Aos meus pais, Armando e Adair, a quem tenho o prazer de honrar.

Aos meus irmãos Claucer e Gláucia, que mesmo à distância, sempre acompanharam os meus passos.

Aos professores do mestrado, fonte inesgotável de sabedoria, em especial, ao meu orientador, Dr. Jairo José Gênova.

A você, que de uma forma especial contribuiu para que eu pudesse chegar até aqui.

*De tanto ver triunfar as nulidades,
de tanto ver prosperar a desonra,
de tanto ver crescer a injustiça, de
tanto ver agigantarem-se os
poderes nas mãos dos maus, o
homem chega a desanimar da
virtude, a rir-se da honra, a ter
vergonha de ser honesto. (Senado
Federal, RJ. Obras Completas, Rui
Barbosa. v. 41, t. 3, 1914, p. 86).*

OLIVEIRA, Cléber Henrique Martins. **Investigação criminal à luz das garantias constitucionais**. 2009. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2009.

RESUMO

A investigação criminal assume novos contornos assegurando o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral. O Estado de Direito alcança plenitude quando princípios fundamentais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e presunção da inocência são observados na fase pré-processual. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli dimensiona o tema, impulsionando mudanças na investigação criminal e no estudo da polícia judiciária, seus problemas e alternativas. O inquérito policial, procedimento administrativo e investigativo, deve ser formalizado à luz das garantias constitucionais, afasta-se a inaplicabilidade do direito de defesa. A doutrina e a jurisprudência caminham neste sentido. O STF, no HC – 82.354, garante o direito de vista aos autos ao indiciado antes da sua inquirição. Vislumbra-se uma mudança de paradigma sob dois aspectos: direito de segurança pública ou “policialesco” como cultura jurídico-acadêmica; tratar o indiciado, detentor de garantias constitucionalmente irrenunciáveis, como “sujeito de direitos” e não mero “objeto da investigação”.

Palavras-chave: Garantias constitucionais. Liberdades individuais. Garantismo penal. Direito de defesa. Os frutos da árvore envenenada. Investigação criminal. Inquérito Policial.

OLIVEIRA, Cléber Henrique Martins. **Investigação criminal à luz das garantias constitucionais**. 2009. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2009.

ABSTRACT

The criminal investigation, assumes new contours, assuring the contradictory and the wide defense from the accused in general. The State of Right reaches fullness when fundamental principles of equality, freedom, the human's dignity and the presumption of the innocence are observed in the pre-procedural phase. The penal warranties of Luigi Ferrajoli dimension the theme, impelling changes in the criminal investigation and in the study of the judiciary police, their problems and alternatives. The inquiry police, administrative and investigating procedure, must be formalized to the light of the constitutional warranties, stands back the lack of application of the defense right. Doctrine and jurisprudence walks in this sense. STF, in HC - 82.354, it guarantees the view right to the solemnities to the accused, before their inquiry. We shimmered a paradigm change, under two aspects: right of safety public or "policial" as juridical-academic culture; to treat the accused, detainer of constitutionally warranties not renouncing, as " subject of rights " and not mere " object of investigation.

Keywords: Constitutional warranties. Individual freedoms. Penal guaranty. Defense right. The fruits of poisonous tree. Criminal investigation. Policial inquiry.

OLIVEIRA, Cléber Henrique Martins. **Investigação criminal à luz das garantias constitucionais**. 2009. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2009.

RESUMEN

La averiguación criminal en Brasil asegura el contradictorio y la amplia defensa a los acusados en general. El Estado de Derecho se torna pleno cuando los principios fundamentales de igualdad, libertad, dignidad de la persona y presunción de inocencia son respectados antes del inicio del proceso. El “garantismo” penal de Ferrajoli dimensiona el tema, imponiendo mudanzas en la averiguación criminal y en el estudio de la policía judiciaria, sus problemas y alternativas. La averiguación policial, procedimiento administrativo e investigativo se formaliza de acuerdo con las garantías constitucionales y se aleja a la inaplicabilidad del derecho de defensa. La doctrina y la jurisprudencia caminan en este sentido. La Corte Soberana de Brasil en el HC – 82.354 garantizó que el acusado tenga el derecho de ver los autos antes de su interrogatorio. Hay, por lo tanto, una mudanza de paradigma bajo dos aspectos: derecho de seguridad pública o “policialesco” como cultura jurídico-académica; y, tratar el indiciado, que detiene garantías constitucionalmente irrenunciables, como “sujeto de derechos”, no solo “objeto de averiguación”.

Palabras-clave: Garantías constitucionales. Libertad individual. “Garantismo” penal. Derecho de defensa. Los frutos del árbol envenenado. Averiguación criminal. Averiguación policial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CPP: Código Processual Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - ESTADO DE DIREITO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	12
1.1 Estado de direito e princípios constitucionais.....	12
1.2 Direitos fundamentais e colisão de princípios e normas.....	18
1.3 Princípio da liberdade.....	20
1.4 Princípio da igualdade.....	23
1.5 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
1.6 Princípio da presunção de inocência.....	28
1.7 Igualdade e tutela dos direitos fundamentais.....	30
CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL E O GARANTISMO PENAL... 33	
2.1 A atividade investigativa no Estado de Direito.....	33
2.2 Garantias penais e processuais.....	35
2.3 O garantismo como princípio teórico.....	37
2.4 Os dez axiomas do garantismo penal.....	40
2.5 Garantismo penal e transformação social.....	43
CAPÍTULO 3 – ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL.....	47
3.1 Direito de defesa: esboço histórico.....	47
3.2 Conceito e funções da polícia no âmbito investigativo.....	48
3.3 As atividades da polícia.....	51
3.4 A polícia de natureza judiciária.....	53
3.5 O Código de Processo Penal e o direito de defesa na fase policial.....	58
3.6 O processo penal e o direito de defesa.....	65
3.7 A materialização do direito de defesa na fase policial.....	66
3.8 O Ministério Público e o inquérito policial.....	68
CAPÍTULO 4 - UMA NOVA POLÍCIA JUDICIÁRIA, UM NOVO INQUÉRITO POLICIAL E UMA NOVA FORMA DE INVESTIGAÇÃO.....	70
4.1 A ciência do direito aplicada ao direito de defesa na investigação criminal.....	70
4.2 Princípios e garantias constitucionais como fundamento de validade do inquérito policial....	75
4.3 A defesa técnica na fase policial.....	80
4.4 A ausência do direito de defesa e suas conseqüências.....	83
4.5 A responsabilidade da autoridade policial no despacho que determina a instauração do inquérito policial.....	84
4.6 - O sigilo no inquérito policial: necessidade ou conveniência?.....	86
4.7 O pedido de diligências na fase policial.....	88
4.8 O ato de indiciamento e o relatório final do inquérito policial.....	90
4.9 A imprescindibilidade do inquérito policial.....	92
4.10 Da manutenção do inquérito policial.....	94
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

O título desta dissertação, *Investigação criminal à luz das garantias constitucionais*, traz à baila duas questões primordiais: a primeira trata da dignidade da pessoa humana e diz respeito à introdução das garantias individuais no bojo do inquérito policial, apontado por Choukr (2006, p.3) como “uma peça de caráter informativo e de feição nitidamente administrativa”, portanto fora do processo jurisdicional; e a segunda questão, de cunho acadêmico, levantada por Ferrajoli (2006, p.708), diz respeito à cultura jurídica, seus estudos e reflexões e o respectivo desinteresse e indiferença em relação ao “direito de polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito”, mas que, apesar de vulgarizado, sempre está em evidência.

Especificamente, o trabalho objetivará estudar a necessidade da fiel observância das garantias constitucionais, sobretudo o direito de defesa na fase policial no contexto do Estado Democrático de Direito vigente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

No primeiro capítulo serão encetados estudos e reflexões sobre o Estado de Direito, a conformação dos princípios e normas com o advento da nova carta constitucional. A “constituição cidadã”, assim chamada pelo então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, o Deputado Federal Ulysses Guimarães (1988, p. 14380-14382), em seu discurso proferido no dia 27 de julho de 1988 menciona:

Essa será a constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social. Esta constituição, que o povo me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada.

Será necessário visitar os princípios constitucionais inseridos na carta constitucional, em específico a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, que dimensionam o alcance dos direitos dos cidadãos. Independentemente das condições socioeconômicas aqui vividas, reconhecem-se garantias às pessoas segregadas socialmente. Tem-se como pedra angular a idéia de que a interpretação das normas penais e processuais penais deve partir do mandamento constitucional, balizador de todas as condutas humanas. A lei ordinária deve ajustar-se à lei constitucional. Dessa forma, será possível analisar e entender o Estado de Direito sob a ótica garantista, levando-se em consideração fundamentos democráticos, filosóficos e o positivismo jurídico. Surge, portanto, o

garantismo, a ponderação dos princípios e regras, tutela dos direitos fundamentais e a sua transformação social.

O segundo capítulo tratará da teoria do garantismo penal, que tem como um dos seus principais incentivadores o italiano Luigi Ferrajoli, subscritor da obra “Direito e Razão” (2006) e a sua recepção pela Constituição Federal de 1988. Nela, pode-se conhecer o garantismo penal, entender e refletir acerca dos dez axiomas informadores, as garantias penais, processuais e procedimentais. A partir desses princípios informadores será possível verificar por que o ser humano, inclusive no âmbito da investigação criminal e nos atos de polícia judiciária, foi elevado ao patamar de sujeito de direitos. Surgirá a necessidade de se levar em consideração a importância do mandamento constitucional sobre todas as demais normas.

No terceiro capítulo serão analisadas as atribuições da polícia judiciária, notadamente suas funções, as medidas de polícia e o ordenamento jurídico, com suas conseqüências no campo processual penal. Será verificado o verdadeiro papel da Polícia, apontando seus objetivos, formas de agir [investigar e prender], suas deficiências e a necessidade do devido respeito às liberdades civis. Será constatada a intenção do legislador de 1941 ao refletir sobre a “exposição de motivos” do Código de Processo Penal e com isso propor uma releitura do Título II [artigos 4º ao 23] destinado ao Inquérito Policial. Esta releitura importará uma mudança de paradigma e remeterá à seguinte reflexão: a necessidade de reformular os procedimentos utilizados na investigação criminal, amoldando e modernizando o inquérito policial, nele inseridas todas as garantias constitucionais possíveis, priorizando o respeito à dignidade da pessoa humana, sobretudo a possibilidade do exercício do direito de defesa, não no sentido de inviabilizar e prejudicar as atividades realizadas pelo aparelho repressivo estatal [polícia e ministério público], mas no sentido de garantir à pessoa investigada, antes considerada “mero objeto da investigação”, a tutela dos seus direitos, adquiridos com o advento da Constituição de 1988, reconhecendo-o formal e categoricamente como “sujeito de direitos”.

O quarto capítulo versará sobre o direito de defesa no bojo do inquérito policial e suas implicações nas investigações policiais. É a possibilidade de reconstrução da polícia judiciária com a inserção de garantias na fase pré-processual, dignificando o trabalho investigativo e cartorário. Dessa forma, será possível posicionar o direito de defesa na fase preliminar do processo penal e a legislação que o ampara, viabilizando a materialização deste direito constitucionalmente garantido. Haverá oportunidade para discorrer sobre as normas constantes da legislação processual penal e o formalismo do procedimento investigativo. Será

encontrada uma oportunidade para verificar a prejudicialidade da ausência do direito de defesa na fase policial, a responsabilidade da autoridade policial que decide pela instauração do inquérito policial, o problema do sigilo na fase investigatória, o pedido de diligência requerido pelo indiciado, o ato de indiciamento, o relatório final acerca das diligências realizadas e, por fim, a imprescindibilidade e a manutenção do inquérito policial, como instrumento hábil à consecução das garantias constitucionais.

CAPÍTULO 1 - ESTADO DE DIREITO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

1.1 Estado de direito e princípios constitucionais

Estado de direito para Ferrajoli (2006, p. 789) é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político. Para Platão e Aristóteles, é o “governo das leis” em contraposição ao “governo dos homens”. Mas também é “estado de direito” a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo; o constitucionalismo inglês e norte-americano; a tese da separação de poderes; o normativismo kelseniano.

Canotilho (1999, p.4) preleciona que “Estado de direito” é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. O autor ainda faz referência ao “Estado de não-direito” que será, ao contrário, o poder político que se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder, protegida pelo direito.

Para Bobbio (apud FERRAJOLI, 2006, p.789), “estado de direito” quer dizer duas coisas: governo ‘sub leges’ ou submetido às leis ou governo ‘per leges’, submetido às leis gerais e abstratas. No campo do direito penal, “estado de direito” designa ambas as coisas: poder judicial de apurar e punir crimes, e como poder legislativo de definir crimes. Poder submetido às leis ou governo pode ser entendido de duas formas: num sentido débil, formal, lato, no qual qualquer poder pode ser conferido pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. Noutra sentido, chamado estrito ou substancial, o poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona as formas e os conteúdos. No sentido lato, Ferrajoli entende que “Estados de direito” são todos os ordenamentos, até os autoritários ou totalitários, os quais foram oriundos de uma fonte ou uma forma legal. No sentido estrito, são os estados constitucionais. Ferrajoli (2006, p. 790) associa essas duas formas de Estado de direito, partindo do princípio da legalidade: a primeira em sentido lato, ou “validade formal”, que exige que todos os poderes dos sujeitos titulares e sua forma de exercício sejam legalmente predeterminados; e a segunda, a legalidade em “sentido estrito”, ou “validade substancial”, que requer que lhe sejam legalmente pré-ordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão.

Canotilho (1999, p.3), por sua vez, para reforçar a idéia de Estado de Direito, faz uma digressão ao apontar três idéias que caracterizam o “Estado de não-direito”: a) decretam leis desumanas, arbitrárias e cruéis; b) identificam o direito com a razão do Estado imposta e iluminada por chefes; c) pautam o Estado na radical injustiça e na desigualdade na aplicação do direito. E menciona que:

[...] a história da fundação das comunidades humanas organizadas é muitas vezes uma história trágica assente num código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, inclusão/exclusão, direito/não-direito.

Ao tratar de antinomias, instituto que permeará todos os capítulos desta obra, Bobbio (1999, p.81) as conceitua como sendo uma “situação de normas incompatíveis entre si”, ressaltando que elas somente poderão existir se pertencerem ao mesmo ordenamento e possuírem o mesmo âmbito de validade [temporal, espacial, pessoal e material]. São as antinomias próprias. Além destes conflitos, dentre outras acepções, Bobbio (1999, p.90) cita duas formas impróprias de antinomias no Direito, e que demandam raciocínio acerca da sua implementação. A primeira situação é a denominada “antinomia de princípios”, e surge quando um ordenamento jurídico foi inspirado em valores contrapostos, ou seja, em opostas ideologias. Para tanto, reforça o tema em estudo e cita o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade, portanto um ordenamento jurídico que descansa em princípios antinômicos. O autor também menciona as “antinomias de avaliação”, subentendidas aquelas em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. Não há que se falar em incompatibilidade de normas, porém, neste caso, antinomia confunde-se com injustiça, pois ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção. Cabe, no entanto, uma ressalva porque antinomia produz incerteza quanto à aplicação da norma, a injustiça produz desigualdade.

E, retornando ao conceito de Estado de direito, Canotilho (1999, p.4) prefere traduzir as idéias do “Estado de não-direito”, informando ser aquele em que existem leis cruéis, desumanas e arbitrárias, e que usando a força ou o abusivo exercício do poder fazem o seu direito, deixando sem nenhuma defesa jurídica eficaz quaisquer integrantes da sociedade [o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias]. A lei será arbitrária, cruel ou desumana quando, por exemplo, permitir a realização de experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, nacionalidades, línguas ou religiões. Cite-se para

tanto a obra de Giorgio Agambem (2002), intitulada “Homo sacer: o poder soberano e a vida nua”.

A segunda idéia apresentada por Canotilho (1999, p.4) para caracterizar o Estado de não-direito é aquela que identifica o direito com a razão do Estado, ou com o bem do povo, ou ainda, com a utilidade política, autoritária ou totalitariamente impostas. Neste sentido, o direito é tudo [nada mais do que isso] o que os chefes ou partido decretarem como politicamente correto. Fácil verificar as trágicas conseqüências desta identificação do direito com uma hipotética utilidade social ou com uma “abstracta” razão de Estado.

Canotilho (1999, p.4) assevera que:

[...] esta razão de Estado justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios colectivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem. Com esta razão de Estado o bem do povo e os interesses do Estado são e foram invocados a torto e a direito para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes, insinuando uma escandalosa identificação dos interesses das castas político-governantes com o bem comum dos cidadãos.

Na mesma amplitude, Agambem (2002) faz referência ao poder soberano e o Estado de não-direito, que considera fundamental a existência de uma teoria geral do estado de exceção, uma teoria que se refere ao vazio do direito que, no entanto o funda. O núcleo emblemático é a relação anomia e direito, visto como núcleo constitutivo da ordem jurídica. O autor menciona a necessidade de superar a falsa alternativa entre poder constituinte e poder constituído, entre violência que instala o direito e violência que o mantém, o conserva.

A terceira idéia de Estado de não-direito trazida à baila por Canotilho (1999, p.4) é a existência de uma “radical injustiça e flagrante desigualdade na aplicação do direito”. Para ele, nos “Estados de não-direito” existem dois pesos e duas medidas para aplicação das normas jurídicas, e tudo dependerá das pessoas envolvidas.

Para tanto, Canotilho (1999, p.4) argumenta que:

[...] um acto idêntico é sancionado criminalmente com penas desumanas se praticado por adversários políticos e merecerá o encobrimento ou até o beneplácito político quando for cometido por um correligionário ou por elementos das polícias secretas contra o outro.

Para Canotilho (1999, p.7), o “Estado de direito” é capaz de “transportar princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz”. São princípios e valores tais como:

[...] a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.

Nas idéias colocadas por Canotilho, que conceitua o “Estado de não-direito”, foi possível reforçar o conceito de “Estado de direito”, e neste ponto, abre-se a possibilidade de se harmonizar os conceitos e os pensamentos destes dois autores, Canotilho e Ferrajoli. Dessa forma, o garantismo propugnado por Ferrajoli (2006, p.790) pode ser aplicado no sentido de “validade substancial” ou “legalidade em sentido estrito”, caracterizando um Estado nascido com as modernas Constituições:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, no qual todos os poderes estão subordinados às leis gerais e abstratas;

b) no plano substancial, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora, em sua Constituição, dos deveres públicos correspondentes, ou seja, as vedações legais quanto à lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como a faculdade que os cidadãos possuem em ativar a tutela judiciária.

Por outro lado, graças a estas duas fontes, não existem no Estado de direito poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos à forma e conteúdo, cuja violação é causa de invalidez judicial e, teoricamente, responsabilidade de seus autores. Sábias, portanto, as palavras do poeta português Fernando Pessoa, citado por Canotilho, ao escrever que “se o Estado está acima do Cidadão, o Homem está acima do Estado”.

Streck e Feldens (2003, p.42) reforçam e defendem que:

[...] as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser igualmente direcionadas para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e daqueles que atentam contra os direitos fundamentais, bem assim os delitos que afrontam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado e a dignidade da pessoa humana, isso sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual.

Focando o direito penal, Ferrajoli (2006, p.791) conclui que o direito formal em jogo é a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias, cuja observância se depreende da enumeração exaustiva e taxativa das hipóteses de delito. Ao referir-se à “mera legalidade” ou à “legitimação formal”, limitamo-nos a subordinar todos os atos à lei, enquanto a “estrita legalidade” subordina todos os atos, inclusive as leis, os conteúdos dos direitos fundamentais, coincidindo com a “legitimação substancial”.

Ainda fazendo referência às razões de Estado, Voltaire (apud FERRAJOLI, 2006, p.751) menciona a impossibilidade de sanar os contrastes entre razão de Estado e a razão jurídica própria ao Estado de direito. Ensinou que “Razão de Estado” não é mais do que uma

palavra inventada para servir de escusa aos tiranos. O autor também cita Maquiavel, aduzindo que analiticamente “Razão de Estado” designa duas formas de raciocinar:

1) uma norma de ação política, isto é, um princípio de auto-regulação da política como atividade finalizada incondicionalmente ao bem ou à potência do Estado, e por isso dotada de autonomia em relação a outros valores, interesses ou necessidades diversas, individuais ou sociais;

2) uma fonte de legitimação autônoma das escolhas e meios adotados, apresentando-se *extra legem*, extramoral, extra-social, extra-religiosa e profundamente política.

Convém ainda observar a contradição entre a razão de Estado ou de emergência e aquela específica função do Estado de direito que é a jurisdição penal. Jurisdição é a atividade cognitiva da lei e cognitiva dos fatos. A função judiciária refere-se a casos particulares, nos quais incide sobre os direitos fundamentais do cidadão, cuja tutela, ainda que em conflito com os interesses do Estado, é a sua fonte de legitimação substancial. E mais, a razão do Estado é guiada pela lógica conflituosa e beligerante amigo-inimigo, incompatível com a jurisdição cuja pedra angular é a imparcialidade. Nestes casos, o cidadão que desvia é o inimigo da sociedade. Por último, a razão de Estado legitima uma absoluta discricionariedade do soberano, ou seja, sua graça e seu arbítrio, enquanto a jurisdição é legitimada quando vinculada à lei, devendo existir predeterminação legal e taxativa dos crimes e das penas [anterioridade].

Ferrajoli (2006, p.751) menciona que:

[...] enquanto a razão de Estado persegue a verdade substancial, e assim admite procedimentos inquisitivos aptos a identificar os inimigos, realizando investigações indiretas sobre a pessoa, muito além das ações cometidas, a jurisdição persegue a verdade formal ou processual, seguindo regras, tais como a possibilidade fática da imputação, a presunção de não-culpabilidade, o ônus da prova e o contraditório, além da ampla defesa, corolária do devido processo legal.

No esquema amigo/inimigo, mencionado por Ferrajoli e descrito por Jakobs e Cancio Meliá (2005), próprio da razão de Estado, opera um sentido duplo:

[...] primeiramente a transformação do processo em momento de luta à criminalidade. Ou seja, o processo não é o que Beccaria chamava de processo informativo, ou uma busca indiferente do fato, onde o juiz é um pesquisador indiferente à verdade. Transformou-se no que chamamos de processo ofensivo, no qual o juiz é mais um inimigo do réu, do homem encarcerado. O juiz não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito. Acredita que será derrotado se não consegue fazê-lo, e de não fazer jus à infalibilidade que o homem se irroga em todas as coisas.

Noutro momento, Ferrajoli (2006, p.759) aponta que o esquema se manifesta na alteração do objeto processual, que diretamente segue àquela das figuras de crime. Ou seja, o pressuposto para aplicação da pena é representado, muito mais pela personalidade do agente, do que pela natureza do crime praticado. Esta subjetividade substancialmente amiga ou inimiga, a qual se exprime não apenas nos crimes por ele cometidos, mas também no seu comportamento processual, compreende a perfeita coerência com este esquema da lei sobre os arrependidos, que indica não apenas um meio, mas também um fim.

A confissão ou a colaboração mediante denúncia dos co-autores funciona como resultado penal e processual relevante. É o que se observa na legislação pátria que instituiu a “delatio criminis”, dentre elas, a legislação que trata da “lavagem de dinheiro” e o combate ao crime organizado. Ocorre que processo e pena sempre se confundirão e se sobreporão, o primeiro como momento diretamente aflitivo de penalização preventiva, a segunda como instrumento de instrução dirigido a colocar o imputado nas mãos da acusação e a forçar a sua vontade para que confesse ou colabore em troca de prêmios ou favores. Cabette (2003), em artigo denominado *Ética, moral e direito: uma abordagem sobre a delação premiada no sistema penal brasileiro*, trata da “quase” promiscuidade entre Ética e Direito. Alexandre Demetrius Pereira (2003), em artigo intitulado *Lei de proteção às testemunhas ou aos criminosos?*, trata da confissão pública e expressa por parte do Estado que diz: não tenho como investigar o crime! Não tenho como punir o criminoso!

Por outro lado, no que diz respeito ao cumprimento das penas, desaparecem os caracteres da igualdade, abstração, certeza e predeterminação legal, próprios da pena de detenção no modelo liberal. Cárceres especiais e diferenciados, tratamentos personalizados, classificação por graus de periculosidade, medidas alternativas e outras formas de prêmios e punições modelaram a pena na personalidade singular do condenado ou do imputado. Baseado na teoria do “inimigo do direito penal”, basta observar na legislação paulista o RDD [Regime Disciplinar Diferenciado, conforme Resolução 26/2001, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo]. Desta Resolução surge o projeto de lei 7053/2001, convertido na Lei 10.792/2003. Assim, nas penas de privação da liberdade pessoal se agregam penas nas penas ou prêmios nas penas, uns e outros atípicos, extralegais ou extrajudiciais, não mais vinculados ao delito, mas ao réu, discricionariamente dispensados por via substancialmente administrativa.

1.2 Direitos fundamentais e colisão de princípios e normas

A categoria dos direitos fundamentais, segundo Ferrajoli (2006, p.842), é um recipiente no qual tomaram lugar figuras ligadas pelo princípio da igualdade e pelos valores da pessoa humana. Porém, como se pode observar, essas figuras ainda são heterogêneas, e vão desde o direito à vida à liberdade pessoal; dos diversos direitos de liberdade – opinião, expressão, imprensa, culto, reunião, associação, circulação e de greve, passando pela inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, pela capacidade jurídica e de agir, ultrapassando direitos políticos e civis, até alcançar direitos sociais individuais, tais como: ao trabalho, à subsistência, à saúde, à casa, à instrução e a um adequado salário e, derradeiramente finalizar com a observância dos direitos sociais coletivos, como o direito à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação.

Para Ferrajoli (2006, 842), a divisão mais importante continua sendo as liberdades [direito de] e os direitos sociais [direito a]. Nos primeiros, que correspondem às “vedações legais”, em que não são predetermináveis seus conteúdos, mas somente os seus limites, tomando-se como exemplo a liberdade de expressão ou liberdade pessoal não é possível identificar os infinitos atos de seu exercício, mas somente os limites ou as condições que legitimam estas limitações. No segundo caso, os “direitos sociais”, referentes às obrigações, são predetermináveis os seus conteúdos, mas não os limites, sofrendo variação quanto ao lugar, ao tempo, às circunstâncias e também ao grau de desenvolvimento econômico e civil, às carências existentes e ao grau de sofisticação. Desta forma, os direitos à instrução, ou à saúde, ou à subsistência importam obrigações e prestações quantitativamente mutáveis, dependendo da qualidade de vida exigida ou consentida num determinado ordenamento jurídico. Tanto os “direitos de liberdade” como os “direitos sociais” formam uma categoria aberta às variáveis culturais e às ameaças de vida: tome-se como exemplo os direitos à proteção ao meio ambiente, impostos recentemente por conta da destruição do planeta. Nestes casos, direitos fundamentais correspondem a valores e carências vitais da pessoa histórica e culturalmente determinados, e será com base na quantidade, qualidade e grau de carência, que será possível mensurar a democracia, o grau de progresso e satisfação de uma nação.

No desenvolvimento deste raciocínio, Ferrajoli (2006, p.843) passa a analisar direitos fundamentais apontando para dois problemas teóricos, parcialmente conexos:

- a) as relações entre os diversos direitos;
- b) a natureza das suas garantias jurídicas.

O problema inicial é de caráter ético-político, exigindo escolha de valores em ordem de hierarquia, ponderando interesses e direitos fundamentais, os critérios para solução dos conflitos e, por fim, entre os sujeitos considerados titulares. Nestas ofensas ou ameaças aos direitos fundamentais, indaga-se: podem ser limitados os direitos de liberdade pessoal e de expressão, de reunião e de associação, intimidade, imagem, domicílio ou correspondência? No filme “Inspeção Geral”, dirigido por Sidney Lumet (2004), protagonizado por Glenn Close e Maggie Gyllenhaal, cujos fatos acontecem após os atentados de 11 de setembro de 2001, simultaneamente na China comunista e no democrático EUA, um professor indaga aos seus alunos: Você abriria mão dos seus direitos e garantias constitucionais, para combater o terrorismo [ou qualquer outro ato que colocasse em risco a segurança do país ou das pessoas] por um dia? Por uma semana? E por um mês? E por um ano? E por dez anos? E para sempre?

A ciência penal aponta que a individualização dos bens jurídicos merece uma tutela penal, assim como as técnicas processuais e os meios de sanção. A “justificação externa” e a “legitimação interna” assinalam a existência de direitos fundamentais absolutos, irrenunciáveis, porque são ordenados hierárquica e verticalmente e não-limitados racionalmente. Logicamente, os direitos fundamentais sofrerão restrição na medida em que uns colidirem com outros, e a solução será dada por meio da ponderação de princípios, sobretudo em matéria de prova penal (PRADO, 2006).

Neste sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p.26) aduz que:

[...] a norma que dita um princípio não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo, põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo (1994, p.450, I), princípio jurídico é:

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

O problema apontado por Luigi Ferrajoli (2006, p.844), que o reputa como o mais importante em sua obra e na construção deste trabalho [aliado ao estudo acadêmico do direito de polícia], diz respeito às garantias penais e processuais penais referentes aos direitos de liberdade, que somente em parte estendem-se aos direitos sociais, chamando-nos a atenção para existência de dois princípios de caráter geral:

a) o princípio da legalidade, porque as prestações que satisfazem os direitos sociais são obrigatórias aos poderes públicos e não estão adstritas ao livre arbítrio administrativo;

b) o princípio da submissão à jurisdição, princípio garantista de caráter geral, pois para que as lesões aos direitos fundamentais, liberais ou sociais sejam penalizadas ou removidas, é necessário que estes direitos sejam acionáveis em juízo em relação aos seus responsáveis.

Vale a pena ressaltar a importância destes dois princípios, tanto que Canotilho (1999, p.20) menciona:

A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos, conhecidas por constituições de fachada, ou constituições simbólicas, ou constituições álibi, ou ainda de constituições semânticas, porque gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito.

E adverte que “[...] o jurista deve se conduzir e olhar noutra direcção, qual seja, a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal”.

1.3 Princípio da liberdade

O Estado de Direito elenca uma série de garantias constitucionais, dentre estas está a liberdade. Ferrajoli (2006, p.836) formaliza uma versão sobre direito de liberdade partindo da definição do que significa situação jurídica como modalidade deontica [valores persuasivos, tais como obrigação, permissão, proibição] de comportamentos gerativos de efeitos jurídicos, chegando a uma distinção nascida entre situações jurídicas, tanto públicas quanto privadas, de poder e de dever, e os direitos fundamentais, particularmente entre direito de liberdade e direito de propriedade.

Oscar Vilhena (2006, p.133) leciona que “muitas pessoas invocam liberdade em contraposição ao medo da violência”, pois só somos livres na ausência do medo. E menciona que a ideia de liberdade alcança uma gama muito grande de pessoas, de distintas origens, classes e raças. O autor cita os monges budistas, o movimento hippie, o chinês na Praça da Paz Celestial, na China, em 1989, a história de Mahatma Gandhi pela não-violência e, na atualidade, o movimento dos sem-terra e o liberalismo proposto pelos banqueiros.

Reforça Oscar Vilhena (2006, p.134) que nem todos lutam pela mesma liberdade. Cada um, na sua ótica, luta pela liberdade para o seu grupo social. Assim, os monges propugnavam o desprendimento das coisas materiais; os hippies lutavam pela não intervenção do Estado na vida das pessoas; já Gandhi queria libertar seu povo da opressão imperialista

inglesa; o jovem herói chinês queria um governo menos repressivo; os integrantes do MST querem condições mínimas de moradia, saúde, educação; por outro lado, os banqueiros gostariam da flexibilização e liberalização da economia. Sobre liberdade, Kant sugere: “livre não é aquele que é escravo de suas paixões, mas sim quem segue as regras da razão”. Oscar Vilhena (2006, p.144) aponta que “livre é aquele que transcende seus próprios interesses e é capaz de agir com imparcialidade”. Politicamente, a liberdade racional ocorre pela participação no debate e na formação da razão pública, que a todos se impõe. Para Rousseau, a liberdade está em participar da tomada de decisão pública. Observe que liberdade se confunde com auto-regramento, ou seja, liberdade positiva ou autonomia, entendendo-se como autonomia o submetimento às leis derivadas da própria razão (VIEIRA, 2006, p.141).

Nesses termos, nossa Constituição Federal reconhece a cidadania como um dos seus fundamentos, que é a capacidade de participar, livre e conscientemente, das tomadas de decisões públicas. A diferença que se impõe é que estas decisões não são tomadas em praça pública, por todas as pessoas, como nos tempos antigos. Diferentemente, esta tomada de decisão ocorre por meio de pessoas por nós designadas pelo voto, que reunidas numa câmara, assembléia ou congresso, decidem nossos destinos. Por direitos fundamentais, e referindo-se à liberdade, Ferrajoli (2006, p.836) sustenta que:

[...] correspondem às imunidades ou faculdades, reconhecidas universalmente e exercitadas unicamente em comportamentos lícitos, e que não interferem na esfera jurídica de outras pessoas. Por situações jurídicas, entendem-se poderes ou deveres adquiridos sobre a base de específicas causas ou títulos e, exercitáveis mediante atos potestativos dotados de efeitos na esfera jurídica, própria ou alheia.

Em sua obra “Era dos Direitos”, Bobbio (1992, p.86) assevera que Kant fora fortemente influenciado pelos ideais da Revolução Francesa, evidenciando-se pelo seu conceito de que “liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento”. Para Rousseau, “liberdade é a obediência à lei que nós mesmos prescrevemos”.

Para Adam Smith (apud VILHENA, 2006, p.142), em sua proposição fundamental, “o primeiro e determinante desígnio de todo sistema de governo é manter a justiça; prevenir os membros da sociedade de interferir na propriedade alheia; e não usurpar o que não lhes for próprio”. Observa-se, quanto ao direito de propriedade, o efeito de um título qualquer, que pode ser exercitado por meio de atos de disposição geradores de ulteriores obrigações ou direitos, porém não se pode dizer o mesmo do direito de liberdade, por exemplo, de opinião,

cujos exercício não depende de outro título ou aquisição, por maior que seja a relevância moral ou política, não existe efeito jurídico.

Ferrajoli (2006, p.837) critica e propõe uma revisão terminológica do termo “direito subjetivo” quando designa modalidades deônticas, ou seja, um conjunto de regras e princípios que regem a conduta de determinado indivíduo, com conteúdos opostos [obrigação, permissão, proibição], nos quais figuram a propriedade e o crédito de um lado, e de outro, a liberdade pessoal e os direitos civis. Distingue duas subteorias: uma delas, dos poderes públicos ou privados, ocasionadas por atos potestativos; e a outra, dos direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis e indisponíveis, ou seja, personalíssimos e não causadores ou geradores de nenhum ato ou efeito, respectivamente.

Textualmente, Ferrajoli (2006, p.837) propõe que:

[...] direitos fundamentais devem ser vistos como condições constitutivas de igualdade e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa, permitindo, então, não apenas reafirmar, mas precisar e generalizar a distinção entre os mesmos e os direitos fundamentais, compreendidos os sociais, e o conjunto das situações jurídicas, compreendidos os deveres.

E reforça que:

[...] pode-se afirmar que a soma das situações jurídicas caracteriza diversas, desiguais, singulares e irrepetíveis esferas ou condições jurídicas de qualquer sujeito: a sua posição de proprietário deste ou daquele objeto; de devedor ou credor de tal ou qual soma de dinheiro em relação a outro sujeito; de locador ou de locatário deste ou daquele imóvel; de trabalhador independente, de prestador de serviços, de operário ou de empresário porque titular de tais ou quais obrigações ou direitos ou poderes privados; de juiz, deputado, servidor público, ou de ministro enquanto titular destas ou daquelas prerrogativas públicas e de seus correspondentes deveres funcionais; de advogado, de médico, de docente, de comerciante ou similares enquanto dotado de tais habilidades específicas ou licenças ou concessões e das respectivas obrigações. A soma dos direitos fundamentais se caracteriza pela igual personalidade jurídica de cada sujeito enquanto pessoa ou cidadão (FERRAJOLI, 2006, p.837).

Conclui-se, em relação a estas subteorias, que a liberdade e o seu exercício constituem a base da igualdade jurídica e que os títulos e seus efeitos [obrigações e direitos] são a base da desigualdade jurídica. Ocorre, porém, que entremendo estas duas subteorias surge uma intermediária, a qual Ferrajoli (2006, p.838) convencionou denominar “capacidade” jurídica de agir, tanto penal quanto político-eleitoral e outras afins, definindo o “status” das pessoas, designando-lhes a igual idoneidade, cumprir atos ou a se tornarem titulares de situações desiguais.

Nesta subteoria, Ferrajoli (2006, p.839) ainda aponta três sentidos aos quais os direitos fundamentais podem se assentar: em contraposição às particularidades das situações jurídicas, eles são universais, porque dizem respeito igualmente a todos os cidadãos; são também personalíssimos e, desta forma, indivisíveis, no sentido de que a sua falta ou a sua injusta privação a dano de quem quer seja viola os valores da pessoa, aliás, de todas as pessoas. Esta lesão será sempre um fator de crise na vida do ordenamento; e por derradeiro, são invioláveis, inalienáveis e indisponíveis, no sentido de que a sua violação justifica a violência: a) a violência individual da legítima defesa ou do estado de necessidade como causa de justificação de atos que de outro modo seriam puníveis como delitos; e b) a violência coletiva da resistência e da desobediência.

1.4 Princípio da igualdade

Como ponto de partida para uma reflexão sobre igualdade, foram trazidas as palavras constantes na Bíblia Sagrada (2005, p.49), em Gênesis 1, 26-27:

Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem Deus os criou; macho e fêmea os criou [...].

Mas o tema não se resume aos ensinamentos cristãos, pois muito antes da sua existência, havia pessoas que não eram livres. E mesmo depois do seu advento, ainda existiram muitas sociedades que mantinham o ser humano como objeto, com ou sem valor, seja econômico, social ou humanístico. Pode-se tomar como exemplos os escravos que existiram nas sociedades antigas, o tráfico negreiro ocorrido entre a África e o Brasil, o apartheid na África do Sul, a Guerra Civil nos Estados Unidos da América, os judeus na Segunda Guerra Mundial, o sistema de castas na Índia, os idosos em algumas sociedades; os nordestinos no Brasil, os indigentes em todas as partes do mundo. E, é nesse sentido que se pode lembrar a obra de Agambem (2006), *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, ou seja, um estudo acerca dos excluídos, da vida sem valor, não pela falta de sentimento, compaixão, dó, ou piedade, mas o desprezo, a não importância, a falta de dignidade para com a pessoa humana.

Por conta dessas diferenças, ao tratar da igualdade, Bobbio (2000, p.11) aponta que “a dificuldade de se estabelecer um significado descritivo, sobretudo em sua indeterminação,

pelo que dizer que dois entes são iguais sem nenhuma outra determinação nada significa na linguagem política”.

Portanto, é necessário especificar quais os sujeitos e em que circunstâncias são iguais, isto é, liberdade entre quais pessoas e igualdade em qual situação. Ao fazer uma correspondência entre os termos liberdade e igualdade, o autor nos leva a algumas reflexões: liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa, referindo-se a diversos aspectos da pessoa, ou seja, X é livre. Por outro lado, a igualdade implica uma simples relação formal, porém sem sentido, ou seja, Y é igual. Para se ter idéia de liberdade importa concluir a pergunta: Igual em quê? Igual a quem?

Para refinar o raciocínio, Bobbio (2006, p.12) menciona a frase constante da obra *A Revolução dos Bichos*, de George Orwell: “todos são iguais, porém, alguns são mais iguais que os outros”, e em vez de apear o termo igualdade, o autor faz a ressalva de que “apesar de ser sem sentido, ela é sensata”, no sentido de que traz consigo a proposição “todos os homens são iguais”, fazendo uma clara referência a todos os indivíduos que pertencem a uma abstrata categoria denominada “humanidade”. Para reforçar a importância dos termos, igualdade e liberdade, Bobbio (2000, p.13) traça o seguinte parâmetro: a liberdade é valor para o homem como indivíduo, enquanto a igualdade é um valor para o homem como ser genérico. Num outro ponto da obra, o autor faz referência a antigos aforismos, sobre a igualdade diante da lei, ou seja, “todos os homens são iguais perante a lei” ou “a lei é igual para todos”. É o chamado princípio da “isonomia”, por excelência. Perelman (1996, p.9), em sua obra *Ética e Direito*, apresenta alguns enunciados que correspondem às diversas formas de igualdade:

1. A cada qual a mesma coisa;
2. A cada qual segundo seus méritos;
3. A cada qual segundo suas obras;
4. A cada qual segundo suas necessidades;
5. A cada qual segundo sua posição;
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Bobbio (2000, p.43) menciona que jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdades entre os homens: a raça, o sexo e a classe social, e faz referência expressa ao art. 3º, parágrafo segundo, da Constituição Italiana, que estabelece:

[...] é tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

E conclui que:

[...] mesmo levando-se na devida conta a imensa distância que existe entre declarações solenes desse tipo e a realidade de fato, é significativo que liberdade e igualdade sejam consideradas, no mesmo texto, como bens indivisíveis e solidários entre si.

E assim será estudada a igualdade, inserida no âmbito do processo penal, suas implicações na seara policial, e a necessidade de se tratar o homem, independente da sua condição social, racial, sexual ou econômica, como merecedor de todas as garantias constitucionais possíveis. Para encerrar, Bobbio (2000, p.45) cita Babeuf e seu revolucionário pensamento:

[...] somos todos iguais, não é verdade? Este princípio é incontestado; pois, a não ser que se esteja louco, não se pode dizer seriamente que é noite quando é dia. Então, pretendemos viver e morrer iguais como nascemos: queremos a igualdade efetiva ou a morte!.

1.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Chegou-se ao tema que trata da dignidade da pessoa humana, direito subjetivo expressamente reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 1º, III. O legislador constituinte elevou à categoria de fundamento constitucional a expressão “dignidade da pessoa humana”, ligando-a à realização de outros direitos fundamentais. Conforme Vilhena (2006, p.63), o termo aqui discutido é “multidimensional” no sentido de que:

[...] porque está relacionado “a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, etc.”.

Importa destacar que dignidade também possui um sentido autônomo e juridicamente relevante, ou seja, um direito que impõe deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade. Para não confundir o termo “dignidade” com “liberdade” ou “vida”, Vilhena (2006, p.64) refere-se a uma condição de vida que merece ser vivida ou pelo simples fato de sermos pessoas. Neste sentido é a obra de Agambem (2006), numa referência ao ser humano e às adversas condições de vida das várias categorias de pessoas [preso, condenado, sentenciado, acusado, denunciado, indiciado, investigado ou mero suspeito].

Sendo certo que a pessoa humana possui um valor distinto, tem-se como consequência lógica a concretização de direitos específicos a cada homem, reconhecendo-se que ele não se confunde com a vida do Estado. Para Reale (1996, p.04), esta distinção

provoca um “deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio e a autoridade”.

Para Kant, ao investigar sobre o núcleo da teoria do conhecimento, afirma que na sua elaboração, o sujeito torna-se elemento decisivo, propondo inclusive a chamada “revolução copernicana” na mudança do método no ato de conhecer, na qual todos os objetos devem girar em torno do sujeito cognoscente [O homem como centro do universo]. Para Kant, o homem é um fim em si mesmo, por isso tem valor absoluto, e não pode ser usado como instrumento, e justamente por esse valor, possui dignidade, é pessoa. O sujeito, portanto, pela “práxis” pertence ao reino dos fins, um ser com dignidade própria, e o “resto” possui significação relativa. Desta forma, o homem, possuindo dignidade própria e especial, não poderá ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Miguel Reale (1996) utiliza-se de três terminologias para conceber a dignidade da pessoa humana: o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo.

O individualismo caracteriza-se pelo entendimento de que, cada homem, ao cuidar dos seus interesses, indiretamente protege e realiza os interesses coletivos. O indivíduo é o ponto de partida. Neste sentido, entende-se por dignidade da pessoa humana os direitos inatos e anteriores ao Estado, e funcionam como limites à atividade estatal, que deve abster-se e não se intrometer na vida social das pessoas. Na expressão de Novais (2006, p.73), portanto, num conflito de interesses entre Estado X indivíduo, privilegia-se este.

No transpersonalismo, busca-se o inverso: ao realizar o bem do todo, o bem coletivo, salvagam-se os direitos individuais. Não havendo harmonia natural entre o bem coletivo e o bem individual, prevalecem-se os bens do todo. Neste caso, para Reale (2002, p. 277), nega-se a pessoa como valor supremo, pois que a “dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo”. Arremata que, como consequência lógica, haverá uma tendência para interpretar o Direito limitando a liberdade em favor da igualdade, tendendo a identificar os valores individuais com os valores da sociedade, privilegiando estes em detrimento daqueles.

A última corrente, chamada personalismo, refuta qualquer tipo de concepção individualista ou coletivista, Nesta teoria, evidencia-se a compatibilização e a inter-relação entre valores individuais e coletivos. O homem abstrato não é apenas uma simples parte do todo, ao contrário, ele é uma forma do mais alto gênero, uma pessoa, coisa que uma unidade coletiva jamais poderá ser. Lacambra (apud SANTOS, 1998) defende que “não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana”. O coletivo não pode sacrificar ou ferir o valor da pessoa, desta forma, a dignidade da pessoa humana prevalecerá sobre qualquer outro valor ou princípio.

Para Vieira (2006, p. 67), “o princípio da dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim”. Este princípio incide diretamente sobre todas as situações dramáticas, normalmente em tensão com o direito à liberdade e à vida biológica. Envolve dignidade quando a Constituição veda o trabalho escravo, a exploração sexual de adolescentes, a gravidez por encomenda, o transplante de órgãos. E foi pensando desta forma que o legislador constitucional alocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado, erigindo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, depreendendo-se que o Estado deve existir em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

Convém ressaltar, no entanto, que ao tomar o homem como fim e que o Estado existe para servi-lo, não se cogita acatar a concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Importa entender que nos conflitos entre indivíduo X Estado deverão ser concebidos sob a ótica personalista, que busca a compatibilização e a inter-relação entre os valores individuais e coletivos, inexistindo “a priori” um predomínio do indivíduo ou do todo. Em cada caso em particular e de acordo com as circunstâncias, a solução vai ser encontrada compatibilizando-se normas e princípios ou prevalecendo um ou outro valor.

Nesta perspectiva, os anais da XV Conferência Nacional da OAB (1994, p.549) dispõem que “a pessoa é o valor último e supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza”. Portanto, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio absoluto, toda pessoa é um “minimum” invulnerável que todo estatuto jurídico deve zelar e assegurar e ainda que em determinada situação a opção seja em favor do coletivo, esta opção não poderá ferir, nem sacrificar o valor da pessoa.

Alexy (1993), em sua obra *Teoría de los derechos fundamentales*, conclui que não existem princípios absolutos, e se eles existem, importa modificar o conceito de princípio. Para Canotilho (1995, p. 363), pressupõe-se que:

[...] dignidade da pessoa humana impõe manter a integridade física e espiritual do homem que assume dimensão irrenunciável, tanto autônoma quanto responsável; garantir identidade e integridade da pessoa pelo livre desenvolvimento da personalidade; permitir a liberdade de existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.

Para Farias (2000, p. 54), a dignidade da pessoa humana se traduz por ser:

[...] o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”.

Portanto, “conditio sine qua non” para o Estado Democrático de Direito.

1.6 Princípio da presunção de inocência

O artigo 5º, inciso LVII, da Magna Carta estabelece “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, colocando a “presunção de inocência” como um dos princípios basilares do Estado de Direito, e concretizando esse princípio como uma das garantias processuais penais do sistema pátrio.

A consequência prática da presunção de inocência é o deslocamento da figura do ser humano, que sai da condição de objeto do processo para a condição de sujeito, passando a ser detentor de direitos e garantias.

Com a concretização do princípio da presunção de inocência no bojo da Constituição Federal, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional estará obrigado a adequar-se às suas regras, procurando estabelecer e efetivar o equilíbrio entre “jus puniendi” estatal e o direito de liberdade do cidadão. Portanto, toda pessoa acusada da prática delitiva, desde o transcurso das investigações preliminares e durante a ação penal, terá assegurado o direito de ser tratado com dignidade pelo órgão repressor estatal.

Se de um lado o processo penal se presta a punir delinquentes, não se pode olvidar que, por outro lado, deve existir a constante preocupação de não punir inocentes. Importa que a sociedade e o ente estatal assumam um compromisso ético e técnico de não violação das garantias individuais, dentre elas, a presunção da inocência da pessoa investigada. Necessário levar em consideração que o acusado é inocente antes e durante o desenvolvimento do processo, e que esse estado só se modifica após o trânsito em julgado da sentença final condenatória.

Beccaria (2008, p.62) escreveu que:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?

Convém salientar que deste princípio irão emergir outros de capital importância, dentre os quais o direito à ampla defesa, o de recorrer em liberdade, o duplo grau de jurisdição, o contraditório, e outros mais. Referidos princípios constitucionais funcionam como baldrames do sistema democrático.

Portanto, por ocasião deste estudo, a presunção de inocência assume grande importância diante das investigações preliminares encetadas na fase policial, pois que, nesta fase surgem as maiores violações das garantias constitucionais, sobretudo quando a imprensa toma conhecimento dos fatos e já aponta culpados, sem que sequer tenha ocorrido o devido processo legal e seus desdobramentos.

Além da atuação dos órgãos estatais de repressão, convém refletir sobre a forma como a imprensa veicula notícias sobre supostas práticas criminosas. Feitas de maneira imprudente e sensacionalista, afrontam claramente a privacidade das pessoas submetidas à fase pré-processual. Apresentam, com frequência, a imagem de suspeitos acusados de condutas delituosas, esquecendo-se de que essas pessoas têm vida, convívio social, a honra, nome, sentimento íntimo e consciência da própria dignidade pessoal.

O desrespeito ao princípio da presunção de inocência é resultado da subserviência ao poder da mídia, pois, muitas autoridades policiais que vedam o acesso do advogado ao inquérito policial expõem em rede nacional cópias dos depoimentos prestados no seio policial. Portanto, oportuna a observação feita por Farias (1996, p.128) ao relatar que fotografar ou filmar pessoas detidas ou suspeitas de perpetrarem infrações à lei, sem o consentimento destas, além de constituir violação do direito à imagem daquelas pessoas, expõem ainda à execração pública cidadãos que geralmente não foram julgados e condenados por sentença transitada em julgado, sendo, pois, presumivelmente inocentes [CF, art. 5º, LVII]. Pretende-se demonstrar que, ao buscar notoriedade, através de informações privilegiadas, acarretando o desrespeito à presunção de inocência, considerável parte da imprensa viola direitos personalíssimos e, ainda que exista uma eventual reparação por danos morais, essas condutas reprováveis são irreversíveis.

Conforme Binder (2003, p.87), em *Introdução ao Direito Processual Penal*, ao referir-se ao princípio da presunção de inocência, prescreve que:

- a) Somente a sentença tem essa finalidade;
 - b) No momento da sentença existem duas possibilidades: culpado ou inocente;
 - c) A “culpabilidade” deve ser juridicamente provada;
- Essa construção implica a aquisição de um grau de certeza;
- e) O acusado não tem que provar sua inocência;
 - f) O acusado não pode ser tratado como culpado;

Não podem existir mitos de culpa, ou seja, partes da culpa que não podem ser provados.

Destas prescrições permite-se concluir que o indiciado chega ao processo isento de culpa, ou seja, a fase policial se presta ao esclarecimento dos fatos e à reunião de provas que confirmam a existência do crime e o seu eventual autor. Antes da sentença penal condenatória, o indiciado deve ser considerado um cidadão inocente e livre de máculas, e sua culpabilidade não poderá ser antecipada.

A Magna Carta prescreve a fiel observância ao princípio constitucional, porém, na realidade, na vida cotidiana policial, depara-se com a “presunção de culpabilidade”, onde todos os indiciados são tratados como culpados. E não é só, soma-se ainda a utilização do processo e das investigações criminais como métodos de controle social; as restrições à defesa, especialmente a pública; a enorme quantidade de presunções que existem no processo penal; o emprego do conceito de ônus da prova contra o investigado; além dos maus tratos durante as prisões cautelares [as prisões sem condenação] e a forma como os investigados passeiam nas viaturas policiais, corredores e salas das delegacias de polícia e dos fóruns criminais.

1.7 Igualdade e tutela dos direitos fundamentais

Para construir a teoria garantista, Ferrajoli (2006, p.834) fez uma análise dedutiva e interpretativa [metateórica] dos fatos, ancorando-se nos direitos fundamentais e elucidando o significado das relações entre cidadão e Estado, entre direitos fundamentais e poderes, e entre conservação e mudança nos sistemas jurídicos. Sob o ponto de vista externo ou “de baixo”, Ferrajoli (2006, p.834) refere-se à visão das pessoas, o cidadão comum. Axiologicamente, equivale ao primado da pessoa como valor, isto é, o valor das pessoas e de todas as suas específicas e diversas identidades, bem como a variedade e pluralidade de pontos de vista externos por ela expressos. A tolerância pode ser definida como a atribuição a cada pessoa do mesmo valor, enquanto a intolerância é o desvalor associado a uma pessoa qualquer em força de sua particular identidade. Inversamente, a esfera do intolerável é identificável, por oposição, com aquela das violações das pessoas por meio das lesões tolerantes de suas personalidades ou identidades.

Ferrajoli (2006, p.834) aponta que o valor primário da pessoa e o princípio da tolerância formam os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica. Trata-se de um princípio complexo, que inclui diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais. Num sentido, igualdade reside no valor associado, indiferentemente, a cada pessoa,

sem distinção nenhuma, conforme preleciona o artigo 5º da Constituição Federal. Aqui, igualdade e diferença, apesar de antinômicas, implicam-se mutuamente. Nessa acepção, igualdade consiste no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros, e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras. Vale a pena individualizar os limites desta tolerância que reside no respeito às diferenças e às diversas identidades das pessoas, como do intolerável, que ao contrário reside na inadmissibilidade de suas violações. É a denominada igualdade formal e política.

Noutro sentido, Ferrajoli (2006, p.834) informa que a igualdade reside no desvalor associado a um outro gênero de diferenças: a todas aquelas de ordem econômica e social, ou seja, os obstáculos que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Aqui, as diferenças se resolvem em privilégios e discriminações sociais que lhe deformam a identidade e lhe apontam a desigualdade. Por isso são intoleráveis, porque o limite entre tolerância e intolerância é incerto e problemático. Não são todas as desigualdades jurídicas intoleráveis, mas apenas aquelas que impedem a vida, a liberdade, a sobrevivência e o desenvolvimento das outras pessoas. As identificações dos limites, qualitativo e quantitativo, são os maiores problemas enfrentados pela filosofia jurídica e política. É a igualdade substancial ou social.

Nestes dois sentidos, Ferrajoli não as encara como uma tese descritiva, mas sim como um princípio normativo; não é um juízo de fato, mas um juízo de valor, porque se reconhece que os homens são diferentes. Ocorre que esta normatividade tem, nos dois casos, uma função oposta, pois, na igualdade formal, entende-se que os homens devem ser considerados como iguais, deixando de lado o fato de que são diversos ou diferentes, ou seja, sexo, raça, língua, religião, etc. Com a afirmação da igualdade substancial, entende-se que os homens devem ser considerados tão iguais quanto possível for, não sendo possível desconsiderar o fato de que são econômica e socialmente desiguais.

Ferrajoli (2006, p.837) aduz que convém denominar “diferenças” quando se tratar de igualdade formal, e devem ser reconhecidas para serem garantidas e respeitadas. Essas postulam a tolerância, isto é, ser e permanecer uma pessoa diversa das outras. Será denominada “desigualdade”, a igualdade substancial, que deverá ser removida ou compensada. Essas são as intoleráveis, o que equivale dizer, permitir-se dentro de mínimas condições de vida e sobrevivência, pessoa igual às outras. Neste caso, diversidade é uma garantia. Genericamente, a igualdade jurídica, formal ou substancial pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são técnicas mediante as quais a igualdade em ambos os casos é assegurada ou perseguida. Neste caso, diferença é um

desvalor a combater. Referindo-se à Revolução Francesa e aos seus postulados básicos de liberdade, igualdade e fraternidade, o direito à igualdade pode ser concebido como um metadireito, ou seja, um dos institutos que estruturam o Direito.

Ferrajoli (2006, p.836) redefine os direitos fundamentais, contrapondo-os as outras situações jurídicas, enxergando-o como aqueles direitos cuja garantia é necessária para satisfazer o valor das pessoas e para lhes realizar a igualdade. Os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a todos na mesma medida, como condição de identidade de cada pessoa ou cidadão. Nesses casos, Ferrajoli aponta que igualdade jurídica e direitos fundamentais comportam um nexo biunívoco: a igualdade constitui direitos fundamentais na mesma medida em que os direitos fundamentais constituem igualdade.

A irrenunciabilidade dos princípios e garantias constitucionais permite aduzir que a atividade investigativa no Estado de Direito será única, no sentido de que todos os seres humanos submetidos à investigação policial serão tratados de maneira uniforme. E mais, que a ponderação de princípios e valores, isto é, a coexistência destes, levará em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL E O GARANTISMO PENAL

2.1 A atividade investigativa no Estado de Direito

Para Ferrajoli (2006, p.195), Direito Penal é uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação, manifestada por meio de medidas coercitivas e restrições aos potenciais desviantes, suspeitos ou mesmo aos condenados.

A escola clássica, capitaneada por Beccaria, traz alguns conceitos de direito penal que merecem ser lembrados. Romagnosi, na Itália, definiu direito penal como sendo um “direito natural, imutável e anterior às convenções humanas, que deve ser exercido mediante a punição de delitos passados para impedir o perigo dos crimes futuros”. Bentham, na Inglaterra, considerava que a pena se justificava pela sua finalidade, qual seja, “a de impedir que o réu cometa novos crimes, emendá-lo, intimidá-lo, protegendo a sociedade”. Feuerbach, na Alemanha, opinava que o fim do Estado é “a convivência pacífica dos homens e as leis jurídicas”. A pena serviria para coagir, física e psicologicamente, e evitar o crime.

Para Ferrajoli, são três os tipos de restrições conhecidas:

- a) a proibição de comportamentos legalmente classificados como criminosos, ou seja, uma limitação na liberdade de agir [norma];
- b) a sujeição coercitiva ao juízo penal daqueles suspeitos de terem violado as proibições penais [jurisdição];
- c) por derradeiro, a punição daqueles que tenham sido julgados culpados por haverem perpetrado uma das violações já citadas [pena].

Essas restrições representam um determinado custo, pois recaem sobre os culpados e também os inocentes. Estamos sujeitos às mesmas leis e prescrições, mas nem todos os culpados se vêem sujeitos ao processo e à pena. E por outro lado, muitos inocentes são levados a julgamentos, ao cárcere e ao erro judiciário em razão da falibilidade e imperfeição do sistema penal. Foucault (1984, 33-61), em *Vigiar e Punir*, descreve a história do poder de punir e as prisões:

A natureza política do poder de punir, o suplício do corpo era público e dominado pelo terror. O objeto da pena é o corpo do condenado e não a sua liberdade. Ocorre que o alcance da pena era a massa do povo, convocado a testemunhar a vitória do soberano sobre o incauto que ousou desafiar o poder.

O processo era inquisitorial e secreto, com interrogatórios dirigidos à confissão, sob tortura, juramento e completa ignorância acerca das acusações. Por outro lado, a expiação da pena era pública, induzindo um controle social por meio do medo.

Ao custo da justiça, tais como as proibições dos comportamentos delituosos, as penas e os procedimentos contra os transgressores, some-se o custo das injustiças. A cifra negra da criminalidade, também chamada de cifra oculta. Na obra denominada *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*, Zaluar (2004, p.250) a descreve como sendo:

[...] o número de pessoas culpadas que sequer foram submetidas a julgamento, a processo ou mesmo permaneceram impunes ou ignoradas, ou os crimes que não são registrados oficialmente, seja por ineficiência da polícia ou descrença nela, seja pelo foco concentrado apenas nos crimes mais cometidos por pessoas vindas das camadas mais baixas da população.

Estas representam a cifra da ineficiência. Por outro lado, some-se uma outra cifra, não menos obscura, das pessoas inocentes que foram processadas, julgadas e até mesmo punidas, é a chamada cifra da injustiça.

Ao refletir sobre estes custos é que se compreende que o direito penal, em vez de ser “ultima ratio”, ocupa posição central num ordenamento jurídico que propugna a manutenção do Estado de Direito. É na esfera penal e de forma pura, direta e conflitual, que se manifesta a relação entre cidadão e Estado ou entre liberdade privada e poder público e até mesmo entre direitos individuais e defesa social. A falta de correspondência entre condenados, processados ou simplesmente culpados e, particularmente, a cifra da injustiça, que se forma pelas involuntárias punições de inocentes, cria complicadas e graves conseqüências ao problema da justificação da pena e do direito penal.

Os custos da justiça e os custos da ineficiência, via de regra, são justificados ou tolerados com base em ideologias e doutrinas de justiça. Por outro lado, os custos da injustiça são injustificáveis, pois atribuem esses custos à ausência de um direito penal e suas garantias. Esta cifra, a da injustiça, é produto da carência normativa ou da não-efetividade das garantias penais e processuais. Para Ferrajoli (2006, p.196), os custos da injustiça são tão altos que mesmo uma eventual ausência do direito penal e suas garantias **não** são capazes de superá-lo.

Portanto, o compromisso da polícia judiciária inserida no Estado de Direito reveste-se de capital importância, pois a atividade investigativa deverá propugnar pela descoberta da verdade, respeitando as garantias individuais dos indivíduos submetidos à investigação. É o caso de se argüir a teoria do fruto da árvore envenenada [the fruit of poisonous tree], criada pela Suprema Corte Americana, em que aos frutos advindos da planta transmitem todos os seus vícios ou defeitos. No Brasil, em específico, quando há inobservância das garantias

individuais, sobretudo o direito de defesa na fase policial, grosso modo, está-se diante da prova ilegítima, ou seja, a prova que viola normas instrumentais, verificável no momento da sua processualização. Ora, se na fase policial, no germinar das investigações, normas instrumentais exigíveis “a posteriori” são inobservadas, o processo penal, seu corolário, não poderá prosperar enquanto as irregularidades não forem sanadas, ou em casos extremos, retiradas ou extirpadas do bojo da ação penal com todas as suas conseqüências. No entanto, convém ressaltar as palavras de Moreira (1996, p.225-226) ao aduzir que “a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto”, ou seja, o autoritarismo existente antes da Constituição Federal de 1988 não pode ser contraposto pela excessiva proteção das liberdades individuais a ponto de prejudicar o interesse social, exigindo-se, porém, o saudável equilíbrio, a ponderação de interesses, entre garantias individuais e bem comum.

2.2 Garantias penais e processuais

Para a formulação dos axiomas do garantismo penal, Ferrajoli (2006, p.89) irá utilizar onze termos, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. O autor prossegue e traz a definição de responsabilidade penal como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena. Portanto, cada termo designa uma condição da responsabilidade penal, salvo o termo pena. Para o direito penal, pena significa infligir castigo, pagando o mal com o mal. É o caráter retributivo, ou seja, para cada conduta ofensiva que eu pratico, deverei pagar da mesma forma, suportando as conseqüências dos meus atos.

Convém observar que tanto o direito penal quanto o processual penal são cercados de fortes ideologias, face a sua direta ligação com os pressupostos políticos fundamentais da nossa sociedade. Portanto, convém ressaltar que o “dever-ser” imposto pela norma, em sentido lato, jamais poderá dissociar-se dos fatores sociais, políticos e econômicos presentes num determinado momento histórico-social. Foucault (1996, p.55) menciona que a Grécia foi a precursora na busca da verdade pela investigação ou “inquisitio”. Na Idade Média entre os séculos XII e XIII, a inquisição alcança seu ápice. Concomitantemente, o soberano confisca o conflito da vítima e o poder político assume os procedimentos judiciais, surgindo a infração e o procurador.

O estabelecimento da verdade pela luta foi substituído pela “inquisitio”, largamente utilizado no seio da Igreja, que reprimia as heresias e irregularidades do clero. Para Foucault (1996, p.73):

[...] é um fenômeno político complexo. É a análise das transformações políticas da sociedade medieval que explica como, por que e em que momento aparece este tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história daria conta desse fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito [...] O inquérito deriva de um certo tipo de relação de poder, de uma maneira de exercer o poder.

Como se sabe, na sociedade brasileira, o inquérito policial transformou-se numa forma de exercer o poder, assim como era exercido na Idade Média, através da Inquisição e na Idade Moderna, mesmo com o Iluminismo. Com a deslegitimação do poder punitivo no Estado Democrático de Direito, o inquérito policial assume outra perspectiva: a busca da verdade com respeito às garantias individuais. Mas que verdade é esta? Mittermayer (1996, p.59) informa que “verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito”.

A partir deste entendimento, ou seja, de que a verdade é a correspondência entre pensamento e realidade, esta deve ser indivisível, não comportando meio termo. Ferrajoli (2006, p.91) também preconiza que direito penal totalmente verdadeiro, entendendo-se “verdade” em sentido objetivo, é utópico, importante perseguir, mas ilusório acreditar na possibilidade de ser alcançado. O Código de Processo Penal persegue a verdade real, ilusória, porém, o homem deve procurar a verdade possível, tangível, viável.

A função específica das garantias no direito penal não é somente a de permitir ou legitimar, mas vai além, condicionando e vinculando, portanto, deslegitimando o exercício absoluto da autoridade punitiva. Acerca desta autoridade punitiva Lopes Júnior (2005, p.262) assevera que o mito da verdade real constitui uma “artimanha engendradora nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual [utilitarismo], típicos do sistema inquisitório, proporcionando graves violações aos direitos fundamentais da pessoa”.

Por meio de uma leitura garantista, é possível constatar que os termos delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade são requisitos ou condições penais e são chamados de garantias penais, e que juízo, acusação, prova e defesa designam requisitos ou condições processuais, também denominados de garantias processuais.

2.3 O garantismo como princípio teórico

O modelo penal garantista recepcionado pela Constituição italiana e por várias outras, dentre elas, a brasileira, deve ser visto como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de liberdade da intervenção punitiva. Convém estabelecer que a teoria garantista possui algumas proposições epistemológicas, axiológicas [valorativas] e normativas [legais], tendo como finalidade legitimar o Estado, protegendo direitos fundamentais e construindo um modelo de direito penal mínimo, que possa se adequar a uma concepção democrática de Estado de direito, onde o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio, para tutelar a pessoa humana e conservar suas liberdades individuais.

O “direito penal mínimo” tem dois objetivos primordiais: o primeiro é o de prevenir os delitos e as penas informais, comportando o pensamento “benthaniano” da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas”, e complementado por Ferrajoli (2006, p.308), importando dizer “no máximo bem estar possível dos não desviantes”, mas também o “mínimo mal-estar necessário dos desviantes”. Dessas colocações, decorre o segundo objetivo do “direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais”, ou seja, “a lei do mais fraco”. O “direito penal mínimo” evidencia o “impedimento do exercício das próprias razões” e, de modo mais abrangente, com “a minimização da violência na sociedade”. O delito e a vingança são formas de violência, a primeira do réu e a segunda do ofendido (FERRAJOLI, 2006, p.311).

Nesses dois casos, para o autor, as forças são “arbitrárias e incontrolláveis” e por conta disso “incertas, desproporcionais, desreguladas e muitas vezes dirigidas contra um inocente”. Portanto, a lei penal existe para minimizar esta dupla violência. Portanto, é a proteção do fraco contra o mais forte, em ambas as situações: do fraco ofendido pelo forte no delito, ou do forte vítima da vingança, legitimando o direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

Apesar da necessidade da existência destes parâmetros, observa-se largamente o seu não atendimento, tanto pela legislação ordinária, quanto pela jurisdição e, inclusive pelas práticas administrativas e repressivas [policiais]. O garantismo nasce no campo penal como resposta ao desenvolvimento crescente desta diversidade e em relação às culturas, tanto jurídica quanto política, que o invocam, via de regra, em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento jurídico. Para Ferrajoli (2006, p.785), este garantismo possui três significados diversos, mas conexos entre si:

a) O primeiro significado aponta que garantismo designa um “modelo normativo de direito”, principalmente porque diz respeito ao modelo de estrita legalidade propugnado pelo direito penal e próprio do Estado de direito. Epistemologicamente, garantismo caracteriza-se como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, e sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade. Sob o plano jurídico, garantismo é um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado como garantia dos direitos dos cidadãos. Ferrajoli (2006, p.787) conclui que será garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com este modelo e que o satisfaz efetivamente. No Brasil, pode-se concluir que o grau de garantismo do sistema penal é decididamente elevado se forem considerados os seus princípios constitucionais, mas por outro lado, é baixíssimo quando considerada a sua prática efetiva. Nossa constituição pode ser avançada em vista dos princípios e direitos tutelados, mas corre o risco de não passar de letra morta se as garantias não forem implementadas efetiva e materialmente;

b) O segundo significado de garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade, considerando-se distintas entre si pela existência e vigor das normas. Assim, garantismo aproxima o “ser” do “dever ser” no Direito. Coloca como questão central a contradição entre os modelos normativos e, portanto, garantistas e as práticas operacionais, tendentemente antigarantistas, devendo ser interpretadas como antinomias que subsistem entre validade e não efetividade dos modelos normativos e a efetividade e invalidade das práticas operacionais. Para Ferrajoli, esta aproximação do modelo normativo às práticas operacionais foi capaz de fundar a “teoria da divergência” entre a norma e o real, entre direito válido e direito efetivo, ambos vigentes. Nesses aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, por outro lado, como perda da legitimação interna do direito penal, exigindo dos juízes e juristas uma constante tensão crítica sobre as leis ora vigentes, motivada pelo duplo ponto de vista que a aproximação metodológica comporta, seja na aplicação ou na explicação: do ponto de vista normativo ou prescritivo do direito válido e do ponto de vista fático, descritivo do direito efetivo.

c) O terceiro significado designa garantismo como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste significado, garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Esta visão é própria do pensamento iluminista e da ciência da

legislação, elaborada nas origens do moderno Estado de direito. É comum que, numa perspectiva não conservadora, seja ela reformadora ou revolucionária.

Garantismo, portanto, significa precisamente a tutela de valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal. Insta dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.

E após discorrer sobre os três significados de garantismo, analisado apenas sob o prisma penal, Ferrajoli (2006, p.788) argüiu que o alcance teórico e filosófico merece ser explicado com mais detalhes. Esses significados delinearam uma teoria geral do garantismo, ou seja:

- a) o caráter vinculado do poder público no Estado e no direito;
- b) a divergência entre validade e vigor [vigência] produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior;
- c) a distinção entre ponto de vista externo ou ético-político e interno ou jurídico e a conexa divergência entre justiça e validade;
- d) a autonomia e a prevalência do primeiro [externo ou ético-político] e em certo grau irredutível de ilegitimidade política em relação a ele das instituições vigentes.

Essas colocações não valem apenas para o direito penal, mas para todos os setores do ordenamento, inclusive, para estes é possível construir, referindo-se a outros direitos fundamentais, técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade. Referidos elementos podem ser aplicados ao direito civil, administrativo, constitucional, internacional e do trabalho, com estrutura semelhante àquela construída para o direito penal. Para estas categorias, a abordagem garantista representa instrumentos essenciais à análise científica e crítica [interna e externa] das antinomias e lacunas, jurídicas e políticas. Para concluir este raciocínio, Ferrajoli (2006, p.789) entende que:

[...] uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação interna e externa é também uma crítica às ideologias: das ideologias políticas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem no plano político externo a justiça como direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias jurídicas, normativas ou realistas, que paralelamente confundem no plano jurídico ou interno, a validade com vigor ou ao contrário, efetividade com validade.

2.4 Os dez axiomas do garantismo penal

O sistema garantista também é chamado de cognitivo ou de legalidade estrita. Tem como objetivo criar um mecanismo que permita a aplicação da norma processual e penal nos seus justos termos, impondo limites aos poderes do Estado e preservando o homem de eventuais violações aos seus direitos fundamentais. Esse sistema é resultado de uma interpretação de dez axiomas fundamentais que, por sua vez, não se derivam. Segundo Ferrajoli (2006, p.91), são eles:

A1 – Nulla poena sine crimine [Não há pena sem crime].

Conhecido como princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.

Significa que a pessoa sob investigação só sofrerá a inflicção de uma pena caso exista um crime. Ninguém pode ser punido por aquilo que não existiu ou não cometeu. A pena somente poderá advir como sanção “post delictum”, excluindo-se, portanto, medidas punitivas “ante ou extra delictum”, simplesmente porque o sujeito é malvado, perigoso, suspeito ou com propensão à delinquência.

A2 – Nullum crimen sine lege [Não há crime sem lei].

É a clássica reserva da Lei [artigo 5º, XXXIX, CF].

Também conhecido como princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito. E, por consequência, o princípio da anterioridade. Entende-se que por esse princípio o investigado, processado ou acusado, só poderá ser apontado como autor de uma conduta delituosa se esta já estiver efetiva e taxativamente descrita como conduta ilícita. Para sua existência, é necessária uma lei anterior que o defina.

A3 – Nulla lex [poenalis] sine necessitate [Não há lei sem necessidade].

É o princípio da necessidade da tutela penal ou da economia do direito penal.

Esse princípio reforça a idéia de que o direito penal não pode sofrer a banalização das suas normas, evidenciando-se que ele deverá funcionar como “ultima ratio”, ou seja, quando todos os mecanismos de controle social mostraram-se inoperantes é que o direito penal deve agir. O artigo 5º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, menciona que “a lei só pode proibir os atos prejudiciais à sociedade”. E mais, em seu artigo

179, II, 'verbis', a Constituição do Império, de 1824, regulava que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”.

A4 – Nulla necessitas sine injuria [Não há necessidade sem ofensa].

Também conhecido como princípio da lesividade ou da ofensividade do evento.

Para que o direito penal possa imiscuir-se na vida pessoal das pessoas é necessário que o autor de determinada conduta tenha praticado uma conduta ilícita, porém, não basta a ilicitude do fato, esta conduta precisa lesar um bem jurídico e penalmente relevante. Neste sentido, Toledo (1991, p.16) descreve que “bens jurídicos são valores éticos sociais que o direito seleciona com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

A5 – Nulla injuria sine actione [Não há ofensa sem ação].

Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Para a existência de uma conduta penalmente ilícita, exige-se que esta conduta ofenda efetivamente um bem penalmente protegido, ou seja, a conduta do indivíduo deve estar voltada a um resultado criminoso. Neste sentido, é necessário que o bem protegido sofra dano ou perigo concreto. Por este princípio a conduta penalmente ilícita não pode recair no modo de pensar ou no estilo de vida das pessoas. O direito penal refere-se ao fato e não ao autor.

A6 – Nulla actio sine culpa [Não há ação sem culpa].

Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

O autor da conduta considerada ilícita só poderá ser punido se agiu com dolo ou culpa [stricto sensu], ou seja, com negligência, imperícia ou imprudência, caracterizada pela inobservância do dever de cuidado. Portanto, não subsiste crime sem responsabilidade subjetiva, individualizada ou pessoal.

A7 – Nulla culpa sine iudicio [Não há culpa sem jurisdição].

Princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou estrito.

É a reserva exclusiva da jurisdição no sancionamento penal. Não pode existir culpa sem que o ato ilícito tenha sido objeto de apreciação pela autoridade judiciária. Frederico Marques utilizou a expressão “expectador de pedra”, pois apesar de ver, o juiz não pode agir, devendo permanecer inerte, diferentemente do juiz inquisidor.

A8 – Nullum iudicium sine accusatione [Não há jurisdição sem acusação].

Princípio acusatório ou da separação entre juiz, investigação e acusação.

Neste axioma distinguem-se as funções do Estado como investigador [polícia judiciária], acusador [Ministério Público] e julgador [Poder Judiciário] e a própria defesa [advogado]. Não pode existir acusação sem a existência de provas, ou pelo menos, indícios suficientes de autoria.

A9 – Nulla accusatio sine probatione [Não há acusação sem provas].

Princípio do ônus da prova ou da verificação. Referência expressa ao papel exercido pelo Ministério Público, a quem cabe o papel de acusador, devendo reunir provas bastantes e necessária à condenação. À polícia, reforça-se, cabe o papel de procurar a verdade dos fatos, independentemente de que lado ela possa estar, da defesa ou da acusação.

A10 - Nulla probation sine defensione [Não há prova sem defesa].

É o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade, ou seja, através do exercício desses princípios é que a relação jurídica processual penal se completa, juiz, acusação e defesa. A isonomia entre as partes: acusação e defesa, e a equidistância das partes em relação ao julgador.

Esses dez princípios aqui consagrados e conectados sistematicamente definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, ou seja, as regras fundamentais do direito penal comprometido com as liberdades individuais.

Convém ressaltar que o raciocínio desenvolvido e a idéia de validade propugnados por Ferrajoli guardam semelhança com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, porém comportando uma particularidade diferenciadora. Para Kelsen, uma norma seria considerada inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição, porque não estaria de acordo com a racionalidade material, indispensável pressuposto de validade das normas jurídicas. Enquanto isso, Ferrajoli, sutilmente, coloca que uma norma, que ingressa no ordenamento constitucional ofendendo direitos fundamentais, deve ser considerada válida, mas não poderá ter vigência.

Os princípios referidos foram incorporados à maioria das constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos da atualidade, convertendo-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.

2.5 Garantismo penal e transformação social

Ao abordar o tema garantismo e inseri-lo como princípio capaz de realizar transformações na sociedade, Ferrajoli (2006, p.865) menciona que “é relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato”, construindo normas constitucionalmente abstratas, mas que dotadas de fácil entendimento são capazes de tornar ilegítimas as normas inferiores que as contrariem. Por outro lado, menciona a difícil tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciárias que permitam aplicar princípios constitucionais e direitos fundamentais às situações de fato.

Neste sentido convém mencionar a Constituição Federal de 1988 que comportando um grande número de normas garantistas tornou ilegítimo um grande número de normas processuais penais, sendo necessário, inclusive, a edição de novas leis ordinárias. Tomem-se como exemplo as prisões em flagrante e o direito do preso à assistência da família, do advogado, de conhecer o autor da sua prisão, o direito de não ser identificado criminalmente e outros mais.

Neste contexto surge a falácia política que deve ser vista como um vício ideológico, difusa em seu meio, tendo como base a valoração apriorística do poder político na desvalorização das garantias. Noutra sentença, a falácia garantista trata de uma tentação recorrente à estrutura garantista do Estado de direito, criada e difundida pelos juristas. Enfim, cumpre ressaltar que, independentemente dos discursos, políticos ou jurídicos, é necessário que a sociedade entenda o caráter garantista das normas constitucionais, sobretudo a idéia de que ela se destina à proteção dos cidadãos, e por conta da desviação de alguns, será ela aplicada excepcionalmente ao delinqüente. O discurso jurídico, por sua vez, deve deixar de lado a mera formalidade para lutar e obrigar as instituições públicas, sobretudo aquelas que detêm a atividade repressiva estatal, a cumprirem os mandamentos constitucionais garantistas. Muito além da dificuldade na construção de teorias, normas e princípios de cunho garantistas, está a capacidade de se defender, atuar e desenvolver práticas garantistas.

Ferrajoli (2006, p.866) ao referir-se à falácia garantista traduz:

[...] a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções.

E reforça que:

[...] tal falácia representa uma tentação recorrente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito, acrescentando que este vício é comum no meio jurídico. E a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode

concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta, por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.

Não se trata de questões jurídicas, mas questões de fato, pois são temas que se relacionam com a evolução do direito, sobretudo com a lealdade dos poderes institucionais, a maturação das forças sociais e políticas, bem como a vontade de lutar pelos direitos, com sustentação prática às normas garantistas.

Ferrajoli (2006, p.867) busca na Constituição da França dois tipos solenes de garantias externas, por ele denominadas de: garantia política de fidelidade e de garantia social da vigilância, nelas fazendo repousar a efetividade das garantias internas ou jurídicas, e com elas o Estado de direito e a democracia.

A garantia da fidelidade está relacionada ao respeito aos direitos fundamentais e à legalidade constitucional por parte dos poderes públicos. Faltando esta garantia, o direito não se efetiva e as garantias jurídicas [internas] tornam-se impotentes. Muitos são seus pressupostos: participação popular; divisão dos poderes com harmonia e interdependência; pluralismo político com multiplicidade de partidos; as sedes legais devem coincidir com as sedes reais do exercício dos poderes; publicidade das decisões e procedimentos; controle político e judicial dos aparatos administrativos, policiais e militares; monopólio do uso da força [penal]. É o que se espera das instituições públicas: admitir garantias individuais e respeitá-las enquanto normas pertencentes a um ordenamento jurídico constitucional e aplicá-las efetivamente aos procedimentos afetos à atividade policial. Por fim, um pressuposto cultural e deontológico jurisdicional de caráter geral: gestão de poder não como fim, mas como instrumento de proteção e satisfação de garantias, bem como a consciência da diversidade entre ser e dever ser.

A garantia social de vigilância, diz Ferrajoli (2006, p.868), tida como condição de efetividade do ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas, faz nascer um “amor próprio”, semelhante à “assunção subjetiva dos valores da pessoa que pusemos na base dos direitos fundamentais” constituindo o pressuposto cultural do sentido da igualdade, solidariedade e respeito civil. O sentimento dos próprios direitos fundamentais, pelo seu caráter indivisível, universal e igualitário, equivale ao sentimento dos direitos fundamentais dos outros, atribuindo o mesmo valor ao direito alheio e às outras pessoas. Deste amor próprio deriva a disponibilidade que cada homem luta pela defesa e atuação dos direitos vitais, próprios e alheios, tanto pelas identidades ameaçadas e a defender, quanto para

as novas identidades que se afirmam ou se reivindicam. Ferrajoli (2006, p.869) menciona Rudolf Von Ihering, em seu tratado *A luta pelo direito*, de 1872, para consignar e reforçar que um semelhante cultiva um dever para consigo mesmo e ao mesmo tempo para com a comunidade.

A luta pelos direitos, ou seja, o seu constante exercício e a sua defesa tenaz contra todo obstáculo, violação ou ameaça, só pode ser garantida e efetivada pela valorização da pessoa humana. Um direito que não é exercitado ou não é defendido caduca, sucumbe. Qualquer liberdade, desde a de pensamento até a de imprensa, os direitos políticos, os sociais e tudo mais não são obra graciosa da concessão jurídica, mas efeito de custosas conquistas, vencidas cotidianamente. Neste sentido, Rudolf Von Ihering (1983) afirma que:

Todas as grandes conquistas registradas pela história do direito - a abolição da escravatura, da servidão pessoal, liberdade da propriedade predial, das crenças, etc., - foram alcançadas à custa de lutas ardentes, de combates continuados através de séculos.

A luta pelo direito acompanha sua própria vida, pois não se resume à sua conservação, mas à sua fundação e transformação, e a resistência é a sua manifestação mais extrema, pois representa, ao mesmo tempo, um aparente paradoxo, qual seja, a negação do direito vigente e uma garantia externa de efetividade do direito válido. Rebelar-se quando a lei é injusta, também é juridicamente legítimo quando os poderes públicos violam direitos fundamentais, e os meios e garantias legais se revelam ineficazes para sancionar a invalidade. Neste momento, o direito torna-se fato, dando motivo à criação de um novo direito, refundado.

Por outro lado, Ferrajoli (2006, p.870) aduz que lutar por direitos não é somente instrumento de defesa de direitos violados, mas também lugar e momento de elaboração e reivindicação de novos direitos, pela proteção de novas carências individuais ou coletivas. E arremata: “nenhum direito caiu do céu ou nasceu de uma escrivantina”, já escrito e confeccionado nas cartas constitucionais. É fruto de conflitos seculares e conquistado através de revoluções e rupturas, a um custo altíssimo, através de repressões, sacrifícios, transgressões e sofrimentos.

Por fim, “direitos fundamentais não são universais, aliás, são opções e conquistas gradativas, no tempo e no espaço, fruto de carências históricas, de lutas e processos exaustivos, disputados e demasiadamente longos” (FERRAJOLI, 2006, p.870).

Com esta demonstração de força de vontade, serão estudadas as atribuições da polícia judiciária, a validade das normas garantistas com a implementação do direito de defesa na fase policial.

CAPÍTULO 3 – ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL

3.1 Direito de defesa: esboço histórico

Acerca do tema direito de defesa na fase policial, assevera-se a conveniência de se realizar uma breve digressão histórica da existência do instituto, e para tanto, toma-se o exemplo constante na Bíblia Sagrada (2005, p.1319). Nela tem-se a oportunidade de analisar que, em várias passagens, o direito de defesa poderia ter sido exercitado pelos acusados, dentre eles, a morte de Jesus Cristo e a perseguição ao apóstolo Paulo. Jesus Cristo não exerceu seu direito e foi crucificado pelos seus perseguidores. Paulo, por sua vez, manifestou-se e exerceu a autodefesa. Assim, Jesus Cristo, ao ser preso, nada fez nem se manifestou no sentido de exercer o seu direito de defesa. Em todas as vezes que foi inquirido, a sua resposta era a afirmação do inquiridor, ou seja, ao ser indagado por Pôncio Pilatos se, de fato, era o Rei dos Judeus, Cristo responde: “Tu dizes isto de mim”. Foi levado à cruz pelas acusações do povo, não tomou ciência e sequer manifestou desejo de se defender das acusações que lhe pesavam, tampouco viu as provas produzidas contra sua própria pessoa. Simplesmente silenciou, renunciando a todos os seus direitos [Mateus 27, 11]. Em outra passagem bíblica (2005, p.1442), o apóstolo Paulo fora perseguido por estar pregando a sua religião. Ao ser acusado, em vez de permanecer em silêncio, exerceu seu direito de defesa e desafiou seus acusadores, instigando-os para que apresentassem as provas que contra ele pesavam. Exerceu amplamente seu direito de defesa, por isto não foi levado à morte [Atos, 22-28].

Mais tarde, em 1765, Cesare Beccaria publica a obra *Dos delitos e das penas*, que, em vários capítulos, aponta a necessidade de o acusado exercer o direito de defesa, sob pena de se condenar ou açoitar um inocente. Esta obra aponta o direito de defesa como fator relevante ao esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, de que valerá obter a confissão de um acusado, se ela for obtida através do açoite ou da tortura? Um dos maiores expoentes do direito penal clássico, Beccaria (1996, p.62) aduzia que “mais importante que as acusações e as torturas, para que se alcançasse a harmonia e a paz social, com o conseqüente controle da criminalidade, era a certeza da punição”, nos estritos limites da legalidade. E o raciocínio comporta uma indagação: Como admitir uma sentença penal condenatória, se as garantias constitucionais deixaram de ser observadas no seu nascedouro? E aproveitando a expressão cunhada por Vieira (2006, p.40), importa assumir um “compromisso maximizador” na tutela dos direitos fundamentais, no nosso caso, em específico, quando se tratar da tutela

constitucional no bojo do inquérito policial e na respectiva investigação criminal, entendendo esta iniciativa como o empenho do maior número de personagens possíveis na proteção das liberdades individuais.

3.2 Conceito e funções da polícia no âmbito investigativo

Para Walter Benjamin (apud FERRAJOLI, 2006, p.707), a polícia é uma mescla de “duas espécies de violência: uma que põe e outra que conserva o direito”, que se liga aos três poderes do Estado. No Brasil, liga-se ao Executivo, ao qual está umbilical e constitucionalmente subordinada.

Para Jean-Claude Monet (2001), polícia significa uma força organizada e armada que serve para obrigar os indivíduos a acatarem normas coletivas. Trata-se, portanto, de um importante órgão de controle social formal, idéia reforçada por Max Weber (1982, p.103), no sentido de que o Estado detém o “monopólio do uso legítimo da força”. Por este motivo é que a força da Polícia se manifesta como violência, pois é dela que provém a sua latente legitimidade em relação ao paradigma do Estado de direito. Periculosidade e suspeito são incompatíveis com as formas de estrita legalidade, pois fogem à predeterminação legal e dão ensejo às “medidas em branco” baseadas em valorações opinativas e não controláveis.

A polícia de hoje é vista como uma atividade administrativa, formalmente organizada e dependente do Poder Executivo. Ao contrário de outros ramos da administração pública, a polícia sempre estará intimamente ligada às liberdades fundamentais, não podendo ser reduzida à simples função de auxiliar da jurisdição, mesmo porque ela possui competências próprias e autônomas, com variantes preventivas e cautelares exercidas contra pessoas consideradas suspeitas ou perigosas [artigo 240 e seguintes do Código Processual Penal, que trata da busca pessoal e domiciliar].

Essas medidas não se ligam apenas aos interesses gerais e legítimos administrados pelo Poder Executivo por força de sua investidura majoritária, mas incide sobre liberdades individuais, cujas limitações só poderiam ser impostas observando-se as formalidades jurisdicionais. Face à ambígua configuração entre função administrativa [executiva] e auxiliar do judiciário, a polícia consegue participar do monopólio penal da violência institucional, que, no Estado de Direito, esta função está reservada à lei e ao juízo. Aquela se vincula às garantias penais, este se vincula às garantias processuais. Portanto, a polícia está numa zona limite entre legislação e jurisdição, gozando de discricionariedade de uma e de força da outra,

porém desvincula-se das limitações e das fontes de legitimação. A polícia se traduz, ao mesmo tempo, por ser uma instituição moderna e um resíduo do Antigo Regime. A função substancial da polícia e sua organização foram criadas durante a Monarquia e conjugam-se perfeitamente com a modernidade, pois existe a contradição entre suas vocações absolutistas e as formas legais do Estado de direito e a divisão de poderes. Por outro lado, no século passado, com a concretização do Estado liberal, as funções e aparatos de polícia tiveram seu máximo desenvolvimento. Ao se referir à polícia italiana, Ferrajoli constatou um crescimento desordenado e subterrâneo, manifestado por uma legislação pontual e imponente, mas ainda tratada como direito inferior e complementar às grandes codificações penais e processuais. No Brasil, a polícia judiciária enfrenta grandes dificuldades no desempenho das suas atividades, por dois motivos basilares:

- 1) a idéia de que a polícia judiciária foi a única e grande responsável pelos desmandos ocorridos nos tempos da ditadura militar;
- 2) com o advento da Magna Carta, o Estado não se preocupou em adequar as polícias civil e federal, tampouco as militares, à nova ordem social, qual seja, o respeito às garantias individuais.

Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão* (2006, p.708), cunhou o termo “policialesco”, que se traduz “naquilo que está relacionado à polícia”. Portanto, o que distingue o costume policial do costume judiciário e que pode justificar sua separação é “um conjunto de diferenciações que fazem da polícia uma função político-administrativa, pragmaticamente formada para dar prioridade ao resultado”. Ao contrário, a atividade judiciária prioriza os meios para se alcançar esses resultados.

Tanto na Itália quanto no Brasil, as atividades policiaescas desenvolveram-se em três linhas de estudo:

- a) a prevenção especial, o “ante delictum” contra as classes perigosas;
- b) as funções cautelares, o “ante judicium”, ou de polícia judiciária contra os suspeitos;
- c) o direito de exceção, o “extra legem”, informado pela razão do Estado ou, simplesmente, por razões políticas de controle social.

Quanto à denominação “direito policialesco”, entende-se que melhor seria denominá-lo “direito de polícia ou direito de segurança pública”. O termo policialesco causa desconforto e não traduz a importância das instituições e corporações policiais, além de ofender a norma constitucional, criada para disciplinar a vida do indivíduo e suas relações sociais. Para

Ferrajoli, o direito de polícia, chamado de “direito inferior”, ou de “não-direito”, representa o setor mais negligenciado dos estudos catedráticos e acadêmicos, representando até uma deficiência da ciência jurídica. Portanto, o crescimento desse direito foi paulatino, tendo superado vários obstáculos ao longo do tempo, dentre eles, a indiferença e o desinteresse dos operadores do direito na construção de uma cultura jurídica. Compreender a dinâmica do direito de segurança pública importa uma reflexão política e sociológica da ciência jurídica. Nos dias atuais, o crescimento do direito de segurança pública é patente, mormente o desencadeamento de operações e investigações policiais, notadamente quando o embate jurídico se dá ainda na fase policial. Exemplo desses fatos ocorreu no bojo do inquérito policial que apurou a morte da menina Isabela Nardoni, pela Polícia Civil de São Paulo, e as investigações encetadas na operação Satiagraha, da Polícia Federal.

Neste sentido, será necessário superar alguns obstáculos:

a) Uma bizarra hierarquia nobiliárquica oriunda do direito romano entre as diversas ordens e ramos do direito: primeiro o direito privado, o civil, depois o público, o penal, e por último, o direito e os costumes da polícia. Percebe-se que quanto mais o direito se contamina pela violência, tanto menos será meritório estudar e refletir teórica e axiologicamente. Em primeiro plano estão os interesses privados e secundariamente os interesses sociais, sobretudo quando se trata de patrimônio e violência.

b) A idéia de que a polícia obsta pela sua própria natureza as delineadas formas constitucionais do Estado e de direito [a legalidade, a divisão de poderes e a inviolabilidade dos direitos fundamentais]. De fato, para manutenção da ordem e paz pública a polícia faz uso do seu poder de coerção, sacrifica os interesses individuais em benefício da sociedade como um todo.

c) As classes denominadas “cultura jurídica” e política entendem que as medidas de polícia, principalmente as de prevenção e de ordem pública, são destinadas aos que não se encontram no exercício do poder e aos marginalizados.

Desta forma, a grande maioria dos “clientes” da polícia ocupa as classes menos favorecidas, notadamente as que não possuem trabalho ou emprego, ou que não possuam residência fixa ou duvidosa, em suma, os trabalhadores informais, residentes em regiões cujo poder público está ausente.

Apesar da mutabilidade das suas atividades, a polícia deve respeitar as garantias constitucionais do ser humano, pois caso contrário, a atividade policial que deveria focar as necessidades do grupo social, orientar-se-á para os interesses políticos ou privados de um

pequeno grupo de pessoas. Nesta visão, é possível perceber e compreender por que as medidas de polícia não se apresentam nas estatísticas judiciárias nem nas sociológicas, estando afastadas das reflexões teóricas e das análises doutrinárias.

O termo “policialesco”, utilizado por Ferrajoli, permite construir um raciocínio lógico: se o Ministério Público e o Poder Judiciário fossem tratados da mesma forma, cultural, jurídica e politicamente, ter-se-ia um órgão ministerial agindo irresponsavelmente e um poder judiciário julgando com parcialidade, enfatizando os fins em detrimento dos meios, relegando para segundo plano os ideais de justiça. Portanto, ingerências políticas, ineficiência administrativa e corrupção no aparelho repressivo estatal refletem na investigação criminal, na ação penal e na sentença. A deficiência administrativa provocada pela ingerência política na polícia compromete o desempenho funcional e processual do todo. Admitir um Ministério Público e um Poder Judiciário fortes, contrapondo-se à precariedade do sistema policial, constitui grave atentado à tutela das garantias constitucionais, sobretudo e em específico ao direito à ampla defesa.

O controle social formal só alcançará equilíbrio e justiça quando as instituições que o compõem forem fortes como um todo. A autoridade policial que preside inquéritos policiais e coordena investigações criminais sob pressão, enfrentando adversidades e perseguições, também necessita das mesmas prerrogativas do Poder Judiciário e do Ministério Público. Portanto, como admitir que o trabalho policial eivado de vícios possa resultar uma ação penal promissora e, por conseqüência, uma sentença justa? É necessário que o princípio da ampla defesa também deva ser interpretado sob o aspecto temporal, isto é, desde a fase policial. Neste aspecto, cite-se a doutrina norte-americana da “teory of the fruits the poisonous tree” [teoria dos frutos da árvore envenenada], também chamada pela doutrina de “prova ilícita por derivação”, que torna nulo todos os atos decorrentes das provas obtidas ilicitamente. Acerca dessa teoria, o Ministro Celso de Mello [STF, Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995] manifesta que se trata:

[...] de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que se exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável [...].

3.3 As atividades da polícia

Na logicidade do Estado de Direito, a polícia só deveria exercer três atividades: a

preventiva, a investigativa e a executiva [auxiliar da jurisdição e da administração]. Para Ferrajoli (2006, p.709), nenhuma dessas atividades deveria comportar o exercício dos poderes autônomos sobre as liberdades civis e sobre os direitos fundamentais. Para ele, a “polícia judiciária” destina-se à investigação dos crimes e à execução dos provimentos judiciais, devendo 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 depender. O aspecto funcional das polícias está descrito na Constituição Federal, mas, diuturnamente, as polícias têm invadido as esferas de competências umas das outras.

Ao definir e classificar as **atividades e medidas** de polícia leva-se em conta os seus traços substanciais:

a) ausência de vínculos legais e judiciais;

b) sanções “policialescas” que, diferentemente dos crimes, não possui taxativa predeterminação legal;

Denomina-se **medida de polícia**: a) todas as sanções ou medidas de defesa e controle social diversas da “pena”, mas, da mesma maneira, restritivas de liberdade pessoal ou de outros direitos fundamentais; b) um amplo espectro de provimentos coercitivos e de potestades “policialescas” erigidos pela legislação liberal do século XVIII e sistematizados de forma orgânica pelo legislador fascista [Código de Rocco em 1930] e posteriormente desenvolvidos pelo legislador republicano; c) a custódia cautelar; d) medidas de segurança; e) medidas de prevenção; f) medidas cautelares de polícia judiciária; g) medidas de ordem pública.

Estas medidas têm como característica serem substancialmente administrativas e não judiciais. Não possuem caráter retributivo, mas preventivo ou cautelar, possuindo uma prevalência potestativa, que subtrai todas as garantias processuais e penais. Por essas razões, surgiu a denominação de direito penal e processual preventivo ao lado do direito penal e processual ordinário. O direito penal e processual preventivo:

[...] é organicamente unitário e de heterogeneidade extrínseca, também dotado de uma capacidade de repressão e controle social do tamanho do direito penal e processual ordinário, e maior, muito maior do que a escassa atenção a ele dedicada pela cultura jurídica.

As medidas cautelares de polícia consistem numa longa série de poderes instrutórios autônomos, paralelos àqueles de competência da magistratura, que, por vezes, as forças

policiais podem exercer sem autorização prévia ou mandado da autoridade judiciária. Para a escola garantista, o direito processual “policialesco” é competência da polícia judiciária.

No Brasil, todas estas formas de investigação são formalizadas e juntadas a um procedimento administrativo [pré-processual] denominado inquérito policial. Dessa forma, o controle da atividade policial é realizado “interna corporis” pelos delegados de polícia responsáveis pela presidência dos autos. Constitucionalmente, existe o controle externo da atividade policial [artigo 129, VII, da CF], exercido pelo Ministério Público, instituição encarregada de fiscalizar os atos e termos da polícia judiciária, à qualquer tempo, mediante análise dos autos de inquérito policial. Este embasará o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento dos autos. Por fim, o Poder Judiciário, ao receber a denúncia com os respectivos autos de inquérito policial, poderá verificar e sopesar, “ex officio”, a legalidade dos atos praticados pela polícia.

As competências das polícias judiciárias, federal e estadual, estão perfeitamente destacadas e delineadas na Constituição Federal, inexistindo conflito de competência entre as instituições. Não obstante, observa-se que as corporações militares têm invadido as esferas de competência das polícias judiciárias, realizando investigações, reunindo informações e instaurando procedimentos administrativos e inquéritos policiais militares, que refogem às competências constitucionalmente elencadas. Os promotores de justiça e os magistrados que concordam e autorizam, respectivamente, buscas domiciliares, prisões cautelares e quebra de sigilos telefônicos reforçam os desvios aos quais as investigações policiais são submetidas. Neste sentido, um dos segmentos das polícias uniformizadas, denominado P2, que antes investigava as condutas irregulares e ilegais praticadas pelos próprios integrantes das forças policiais militares estaduais, passou a realizar investigações no sentido de se reprimir os crimes praticados por particulares. Enquanto isso, a polícia judiciária é engessada com a realização de escoltas de presos e com atividades estranhas ao seu mister.

3.4 A polícia de natureza judiciária

No Código de Processo Penal italiano, segundo Ferrajoli (2006, p.729):

[...] polícia judiciária deve, ainda que por iniciativa própria, tomar nota dos crimes, impedir que venham a causar consequências ulteriores, pesquisar os autores, realizar os atos necessários para assegurar as fontes de prova e recolher tudo quanto possa servir para aplicação da lei penal, desenvolvendo todas as investigações e atividades dispostas ou delegadas pela autoridade judiciária.

Em que pese a diversidade de entendimentos quanto à possibilidade de realização de investigações policiais por parte das várias instituições e corporações policiais, Ferrajoli (2006, p.762-763) faz distinções entre o trabalho da polícia judiciária e a atividade judiciária:

- a natural parcialidade policial em relação à imparcialidade institucional do juiz. Convém ressaltar que no sistema processual penal pátrio esta natural imparcialidade sofre grave interferência face às modificações sofridas pelo artigo 156, do CPP e a edição de leis extravagantes, que permitem a participação do magistrado nas investigações criminais;

- as forças policiais têm por missão descobrir e capturar os culpados, traduzindo profissionalmente as suas funções como luta contra a delinquência, considerando suspeitos como culpados e inimigos;

- o caráter discricionário e preventivo da missão da polícia, qual seja, os aparatos de polícia judiciária e de ordem pública, tem como tarefa primária a segurança coletiva contra delitos futuros, mais do que a justiça dos casos individuais e passados. A função policial é primordialmente preventiva e posteriormente repressora;

- as atividades policiais são flexíveis e mutáveis, e não se subordinam aos rígidos vínculos legais e procedimentais, que devem presidir a verificação judicial dos crimes. Neste sentido, a atividade policial orienta-se para as necessidades do grupo social.

- relação de sujeição, próprio do poder policial, e por vezes, de prevaricação que este tende a estabelecer com o inquirido, ou seja, uma relação que se consuma em segredo, podendo se transformar em ameaças, enganos, chantagens e negociações entre o policial e a pessoa sob investigação.

A exceção do último parágrafo, o costume predominante no seio das polícias, é o ditado popular de que “é melhor pecar por excesso do que por omissão”, numa clara alusão à imperatividade do modelo inquisitivo, priorizando a prisão em detrimento da produção lícita da prova. A obtenção da prova a qualquer custo [inclusive a confissão do indiciado], aliada à falta de empenho na motivação das decisões quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, culmina com o encarceramento preventivo, muitas vezes desnecessário ou não cabível. Enquanto o Ministério Público e Poder Judiciário, na dúvida, decidem pelo pedido de arquivamento ou pela absolvição, respectivamente, a polícia insiste no modelo antigo, ultrapassado e desumano da repressão a qualquer custo, priorizando fins em prejuízo dos meios.

Na Itália, segundo Ferrajoli (2006, p.763), a legislação de emergência equiparou justiça e polícia, conferindo à magistratura missões e poderes afetos à polícia e diversos da

função jurisdicional. No Brasil, há o encarceramento preventivo, as normas sobre os arrependidos e as recentes modificações no Código de Processo Penal, sobretudo com o advento da Lei 11.690/2008, que permite ao juiz indicar outras provas não levadas aos autos fazendo a magistratura caminhar, no mesmo sentido, pela seara investigativa. Nada é mais discricionário e fora do controle do que o poder inquisitivo, que tem por fim a confissão ou a colaboração do imputado, por meio do tormento chamado encarceramento preventivo e a incerteza da sua pena se comparada com a do processo. Os magistrados Luis Gustavo G. C. Carvalho e Sólon Bitencourt Depaoli (2008, p.06) aduzem que:

[...] a iniciativa probatória do magistrado é herança do modelo inquisitivo, num processo que não existia tripartição dos sujeitos processuais [juiz, acusador e defensor], afigurando-se “como amplo retrocesso e vinculação a uma formatação autoritária, discricionária e substancialista de processo”.

Beccaria (apud FERRAJOLI, 2006, p.2003) escrevia que “o juiz toma posse do corpo de um réu e o destrói com metódica formalidade para tirar-lhe como de um fundo de rapina todo proveito que possa”. Carvalho e Depaoli (2006, p.06) ressaltam que a atuação do juiz na instrução processual enfraquece a estrutura baseada na paridade de armas e num processo de partes, consagrada pela Constituição Federal e seu modelo acusatório. Prado (2001, p.131) entende que “autorizar diligências de ofício, prisões cautelares, perícias, retira o caráter equidistante do julgador, surgindo opção valorativa prévia que prejudicará, com a máxima certeza, a legitimidade da decisão”.

Trata-se de uma relação única que se desenvolve à sombra, vinculando inquirido e inquiridor em uma prejudicial dependência, visto que o arrependido encontra-se nas mãos da acusação, disponível para quaisquer serviços, e por outro lado, a acusação está nas mãos do arrependido, que se torna um favorito, fonte privilegiada de verdade e justiça.

Nesta relação secreta, a jurisdição não tem mais lugar e todo arbítrio é possível, podendo existir as intimidações, as ameaças, a redação de interrogatórios em momentos distintos do da sua realização e os pactos informais. Como diria Jeremias Bentham, em Ferrajoli (2006, p.763), “o domínio da recompensa é o último abrigo no qual fez trincheira o poder arbitrário”. Em seu artigo *O juiz e o complexo de Nicholas Marshall*, o magistrado Alexandre Morais da Rosa (2003) afirma que:

[...] o julgador assumirá, com base na hipertrofia de seus poderes e retroalimentado pelas doutrinas autoritárias da defesa social, a postura inquisitorial em detrimento das garantias constitucionalmente asseguradas aos sujeitos processuais.

No mesmo sentido, o delegado de polícia Édson Luis Baldan (2006, p.8) refere-se ao “dilema do prisioneiro”, idealizado por John Nash, no artigo intitulado *Jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado*, expressando que:

[...] o fascínio desse jogo – simples, mas de implicações amplas – é que permite ele [jogo] conduzir aos domínios matemáticos questões como castigo, vingança, culpa, perdão, traição, cooperação, isto é, propicia que a ética deixe de ser considerada como reação emocional e passe a ser uma postura racional.

Na verdade, o “dilema do prisioneiro” surge quando dois suspeitos são presos e interrogados separadamente, sem qualquer comunicação entre si. Possuem ambos o livre arbítrio de admitir a culpa ou protestar inocência e daí as soluções possíveis para o jogo são variadas: i) se os dois agentes confessam o crime, ambos recebem branda punição; ii) se um confessa e o outro não, aquele recebe punição branda e o outro é punido mais severamente; iii) se ambos negam a autoria, não haverá condenação para nenhum deles, sendo esta a melhor solução para os agentes. Surge o dilema: o prisioneiro confiará no seu comparsa? No fato concreto e racional, a melhor escolha é trair, porque terão a certeza de que a pena será sempre a mais branda, à exceção da absolvição de ambos.

Em conferência no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM, em 2005, René Ariel Dotti asseverou que “o processo penal não pode ser um jogo”. A traição remete ao livro do Gênesis, na morte de Abel, não confessada por Caim; à Judas Iscariotes e Jesus Cristo e na história recente, Tiradentes. O legislador brasileiro, dentre muitos outros, encontra na pessoa humana a fonte preferencial da investigação e produção de provas.

Portanto, uma “polícia cidadã”, que respeita as garantias individuais descritas na Magna Carta, é o desafio. Compará-la aos tempos da ditadura militar, época na qual fora usada como mão-de-obra para a prática das mais absurdas ilegalidades, em nada enriquecerá, mesmo porque a polícia judiciária nada tem de militar e seu compromisso, repita-se, é com a verdade dos fatos. Para Ferrajolli (2006, p.705), o primeiro pressuposto da função garantista do direito e do processo penal é o monopólio legal e judiciário da violência repressiva.

O direito e o processo são garantias contra o arbítrio, pois representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força para fins de defesa social. Não importa se num país exista pena de morte ou prisão perpétua infligida de forma ilegal, como existem em muitos regimes ditatoriais, ou através de meios extralegais, como acontece em muitos países, inclusive no Brasil, em confrontos injustificados, mas constantes, entre polícia e delinquentes. Não importa se no processo penal o interrogatório judicial seja circundado de várias garantias de defesa, se logo após ela for rechaçada. Pouco valor tem o fato de a Constituição elencar

várias garantias, dentre as quais o “hábeas corpus”, o “mandamus” e o monopólio exclusivo da autoridade judiciária em tema de liberdade pessoal, se as prisões ilegais efetivadas pela polícia acontecem diuturnamente, ou se à polícia são concedidos poderes largamente discricionários para restrição da liberdade pessoal. Desta forma, pode-se ter um processo penal perfeito, mas ele sempre será uma realidade pobre se: a) não existir um monopólio judiciário absoluto do uso da força; (b) existir uma força pública que aja sem vínculos legais.

Nesse contexto surge a polícia judiciária e o “garantismo penal”, ou seja, a ampla variação entre normatividade e efetividade, ou entre direito e praxe, entre imagem legal e funções reais, entre o dever ser e o ser de um sistema preventivo-repressivo. Importa ressaltar a variação entre o nível normativo da legalidade e aquele efetivo da realidade, muito comum nos regimes militares. Apesar da existência do monopólio penal e judiciário do uso da violência, ele se fragiliza na medida em que as mesmas leis conferem força à atividade policial, criando uma espécie de poder paralelo.

No sistema punitivo brasileiro, há o direito penal e processual ordinário dominado por uma série de princípios, dentre os quais a estrita legalidade, a estrita submissão à jurisdição, as garantias conexas da não-derrogação da jurisdição e a taxatividade do fato. Também há os princípios da predeterminação legal 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. E mais, a motivação, a publicidade, a oralidade e a legalidade do processo e do procedimento. Este é o direito penal e processual em sentido próprio, com funções de repressão dos crimes por meio das penas aplicadas “post delictum”, jurisdicionalmente.

Do outro lado, há o direito penal e processual administrativo, de atribuição da polícia e, em parte da magistratura, dominado de forma ampla pela discricionariedade administrativa. Este é o chamado direito penal e processual de polícia, com funções de prevenção de crimes, e das turbações da ordem pública, realizado através da defesa social “ante ou extra delictum”, aplicado por via administrativa a sujeitos perigosos ou suspeitos. Este direito penal e processual de polícia contrasta com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da legalidade estrita, que atribui ao direito penal a função preventiva e só sobrevive graças à doutrina penal dominante.

Segundo Ferrajoli (2006, p.706), na Itália, Enrico Ferri solidificou um código preventivo que se contrapõe a quase todos os artigos do Código Penal. Esta mesma idéia foi retomada por Silvio Longhi e outros juristas positivistas que se manifestaram defendendo e criticando o “desenvolvimento de múltiplas articulações policiaescas do nosso sistema

penal”, que reafirmaram um modelo nazista do “tipo normativo do autor” e o staliniano do “inimigo do povo”. Nesses casos, o pressuposto não é o cometimento de um crime, mas a qualidade pessoal do autor, ou seja, o “suspeito” ou “perigoso” muitas vezes ligado à condição do condenado, do reincidente, do ocioso ou do vagabundo.

Esses pressupostos se inserem de forma ampla e indeterminada no direito penal e no direito administrativo, no ramo denominado direito de polícia ou de segurança pública [policialesco], nascido das praxes e costumes existentes na polícia e sua inter-relação com o poder judiciário. A democratização da justiça penal cresce na medida em que se reduz o impacto do sistema penal preventivo ou de polícia. Democratiza-se a justiça penal quando se reduzem os abusos e os desvios formados pela praxe extralegal da polícia, ou seja, da diferença entre normatividade e efetividade do monopólio penal e judiciário da violência estatal.

Conforme Costa (2008), “no Estado Policial, ou policialesco, a máquina esmagadora da repressão age sem controles”. Constata-se que o problema da polícia é muito delicado porque a polícia se posiciona na porta de entrada do sistema penal. Ela tem um papel de fundamental importância, pois detém o poder de escolher “quem entrará pela porta do sistema”. Portanto, a polícia, o ente mais frágil do sistema, tem em suas mãos significativa parcela de poder que tangencia os dois maiores defeitos do sistema penal: seletividade e a estigmatização.

3.5 O Código de Processo Penal e o direito de defesa na fase policial

O inquérito policial está inserido na fase introdutória do Código de Processo Penal (2008, p.342-343), em seu Livro I, Título II, artigos 4º a 23, instituído pela Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Ao tecer considerações acerca da existência do inquérito policial e a sua aplicabilidade nos dias atuais, importa uma visita à exposição de motivos do Código de Processo Penal, subscrita pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, que logo em seu intróito faz menção expressa à necessidade de se realizar e formalizar a homogeneidade do direito judiciário no Brasil, tendo em vista que até aquela data cada Estado era responsável pela legislação processual penal em seu respectivo território.

Aliada a esta necessidade de caráter processual, também era necessária a edição de uma legislação processual penal que pudesse transmitir um caráter de unidade nacional, na qual todos os Estados e seus respectivos cidadãos estariam submetidos às mesmas leis.

Alcançada a unidade processual penal, o Estado estaria aparelhado para buscar maior eficiência na ação repressiva contra os que viviam à margem da Lei. Portanto, além da unificação da legislação processual, tencionava-se elaborar um texto processual penal que permitisse a repressão dos delitos com maior intensidade, tanto que num dos pontos da exposição de motivos existe a seguinte referência:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.

E o subscritor menciona:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

E derradeiramente conclui:

No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal dos criminosos. O processo penal é aliviado do excesso de formalismos e joeirado de certos critérios normativos com que, sob influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Acerca do inquérito policial, o ministro à época também lecionou que “foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”. Aduziu que em favor da manutenção do inquérito policial havia um argumento “difícilmente contestável”, pois:

[...] ele é 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.

E referindo-se à autoridade policial mencionou que:

[...] por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, estará sujeita à 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.

E defendeu a investigação policial: “por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?”

E concluiu: “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” (CPP, 2008, p.343).

Parece que o objetivo do Ministro da Justiça, quando da edição do Código de Processo Penal em 1941, era demonstrar que a partir desse diploma, a ação repressiva do Estado seria mais contundente, deixando demonstrar que as formalidades que a antiga lei concedia àqueles que cometiam atos considerados delituosos deveriam ser afastadas em favor do interesse social. Ocorre que para implementar essas modificações, sem que se atribuisse ao Estado o adjetivo de “arbitrário”, seria necessária a manutenção do inquérito policial, conceituado de “processo preliminar ou preparatório da ação penal”, evitando-se acusações levianas e infundadas. Neste sentido, Rangel (2005, 73) descreve o inquérito policial como um “conjunto de atos administrativos, visando a elucidação de um fato considerado, em tese, infração penal, precede à instauração da competente ação penal.” Desta forma, caberia à polícia judiciária o compromisso e a responsabilidade de se apurar os fatos tidos como delituosos, apontando a autoria e juntando provas que pudessem materializá-lo. Ainda utilizou o inquérito policial como uma forma de filtro, que permitia evitar que investigações mal conduzidas [pela pressa, pelos falsos juízos ou pelas sugestões tendenciosas], pudessem macular a honra e a liberdade dos investigados.

Os argumentos da exposição de motivos devem ser analisados sob a égide do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988, chamada por Ulisses Guimarães de “Constituição cidadã”, e traz, em seu bojo, normas que visam proteger o cidadão contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado, independentemente da sua condição de delinqüente. Em relação ao inquérito policial insta salientar que em razão das mudanças introduzidas pela norma constitucional, tornou-se necessária sua formal adequação a essas mudanças, visto que muitas normas constantes da nossa lei adjetiva penal não foram recepcionadas constitucionalmente. Ao mencionar que o objetivo primordial do inquérito policial era o de evitar que o cidadão sofresse gravames e constrangimentos causados por acusações injustas ou tendenciosas, a idéia era transformá-lo num instituto destinado a descobrir a verdade dos fatos, independentemente da vontade soberana do Estado.

Nesta seara, o artigo 4º do Código de Processo Penal aponta que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais, no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Entende-se por polícia judiciária, as polícias civis dos Estados e a Polícia Federal em todo Brasil. O termo “polícia judiciária” nasceu com a chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil, pois o Rei D. João VI, ao criar a Intendência de Polícia do Brasil, nomeou como seu chefe um desembargador, derivando, por esta razão, o termo aludido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as funções de polícia judiciária foram constitucionalmente descritas e distribuídas entre a Polícia Federal e a Polícia Civil nos Estados, incumbindo-lhes exclusivamente a “apuração das infrações penais e a sua autoria”. Qualquer outra corporação, instituição ou poder que agir neste mister age em desconformidade com a lei e se aparta do mandamento constitucional. Em se tratando de matéria constitucional, não cabe às polícias militares, tampouco ao Ministério Público, a atividade investigativa, pois são carecedores de fundamento legal. Ao investigar, a polícia militar deixa de lado a atribuição constitucional que é a manutenção da ordem pública. O “servir e proteger” esclarece e delimita a atividade policial militar. O Ministério Público, fiscal da lei, quando enceta atividades investigativas, olvida sua atribuição constitucional, e mais, por ser seletivo na atividade investigativa, diferencia e cria o cidadão de segunda categoria, pois escolhe os crimes e os sujeitos aos quais deseja “investigar”, estando sujeito à coleta seletiva de provas e ao desequilíbrio da balança da justiça. Nada impede, no entanto, que o Ministério Público realize investigações no bojo da ação penal.

Montesquieu lecionava que a concentração de poderes levava ao arbítrio e à injustiça, asseverando que é contrária ao ideal de liberdade e de defesa do indivíduo reunir num mesmo homem ou instituição, poderes diversos que façam desse homem ou dessa instituição uma máquina capaz de abusar e de lesar. Portanto, polícia judiciária continua sendo o filtro já mencionado na exposição de motivos do Código de Processo Penal, que permite o reexame da sua atividade, tanto pelo Ministério Público [fiscal da lei] no momento do oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento, quanto pelo Poder Judiciário, no que diz respeito à legalidade da atividade investigativa.

Para Desgualdo (2006, p.11), apuração significa:

[...] deter-se no estudo dessa palavra pinçada do texto constitucional “apuração”. Num dos seus sentidos esse vocábulo significa a ação de conhecer ao certo e, noutro, quer dizer purificar. Em ambos, subjacentemente, podemos identificar a verdade como sinonímia, eis que é esta, a um só tempo, certeza e pureza. Certeza porque a realidade das coisas é única. Pureza porque a verdade inadmite fracionamento. Com isto

pretendemos afirmar que a missão policial civil consiste, simplesmente, na busca da verdade. Emoldurar a materialidade de um crime e indicar sua autoria exprimem exercícios veritativos.

O artigo 6º, do CPP elenca o rol de diligências que a autoridade policial encetará quando tomar conhecimento da prática de eventual infração penal. Este rol não é taxativo, tampouco exaustivo, podendo ser realizadas outras diligências reputadas pela autoridade policial, como necessárias e pertinentes. Após 1988, o artigo 6º e seus incisos passou a necessitar de algumas cautelas, por dois motivos:

- 1) exercer a atividade de polícia judiciária, carreando provas ao inquérito policial, na busca da verdade real;
- 2) proteger o “status dignitatis” da pessoa submetida à investigação policial.

O incisos I, II e III, do artigo 6º, declinam que a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local dos fatos, providenciando para que não se altere o “locus delicti”. Neste caso, a ida da autoridade policial ao local dos fatos auxiliará na realização de diligências e investigações, sobretudo no que diz respeito às condições em que o sítio do crime fora encontrado. Com a preservação do local, permite-se reconstruir a dinâmica do evento.

O inciso II refere-se à “apreensão dos objetos que guardam relação com os fatos”. Quaisquer objetos, roupas, documentos, móveis, armas, poderão ser apreendidos pela autoridade policial, pois essas diligências permitirão apontar quem esteve no local do crime, e eventual participação ou exclusão de pessoas investigadas. A apreensão de qualquer objeto, coisa ou documento deverá ser formalizada na presença de testemunhas que possam confirmar a veracidade da diligência.

O inciso III refere-se à colheita de “qualquer tipo de prova que servir ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias”. A autoridade policial, no local do crime, tem discricionariedade para realizar e determinar a coleta de qualquer tipo de prova. Referência expressa deve ser feita em relação à colheita de provas lícitas, não sendo permitido à autoridade policial ou seus agentes recolher provas ilícitamente. A vedação constitucional constante do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O inciso IV, do artigo 6º, do Código de Processo Penal, refere-se à oitiva da vítima. Por meio desta diligência, a autoridade policial irá orientar a investigação policial. Em muitos

casos, a vítima pode estar sofrendo ameaças ou correndo risco de morte. Nestes casos, permite-se a oitiva da vítima e antecipação e coleta de provas, conforme dispõe a Lei 9807, de 13 de julho de 1999, que instituiu Programa Federal de Assistência às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas.

No inciso V, do artigo 6, do CPP, a lei manda a autoridade policial, se possível, ouvir o indiciado. A oitiva do indiciado é necessária e indeclinável, visando esclarecer a verdade dos fatos. Fiel às liberdades e garantias individuais, quando o indiciado for submetido à interrogatório, é conveniente que todo o ato seja revestido das formalidades legais, admitindo-se a presença de um advogado ou nomeando-lhe um defensor dativo, cientificando-o de todos os seus direitos garantidos pela Magna Carta. Neste caso, cabe uma digressão: Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o indiciado era apenas “objeto da investigação”, sobre o qual recaía toda espécie de acusações e arbitrariedades. Em que pese a menção expressa de que o interrogatório do indiciado deveria observar o disposto nos artigos 186 e seguintes do CPP, quase sempre a confissão era obtida através da violência, física ou moral. A partir de 1988, a Magna Carta reconhece o indiciado como sendo “sujeito de direitos”, pois o artigo 5º, dentre outras garantias prescreve que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante [inciso III]”. Antes de 1988, eram comuns os casos de tortura contra pessoas detidas para averiguação, existindo relatos de que pessoas detidas permaneciam por vários dias à disposição da polícia para a realização de investigações que partiam da pessoa torturada até chegar aos crimes eventualmente cometidos, ou seja, o caminho inverso da investigação.

Atualmente, o artigo 5º, XLIX, da CF, aduz que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Esta proteção existe em relação à atividade repressiva estatal, pois “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente”. E o artigo 5º, LV e LVII, da Constituição Federal, dispõe que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” e “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, respectivamente.

Ao tratar de inquérito policial, não há que se considerar o indiciado culpado, pois, nesta fase, a pré-processual, existe a coleta de provas e eventual indiciamento do autor do fato. Para Rangel (2005, 74), “o inquérito tem valor apenas informativo. Não visa emitir nenhum juízo de valor sobre a conduta do autor do ato que, apontado no inquérito como tal, passa a ser tratado como indiciado”.

E mais:

[...] o indiciado é objeto da investigação, porém, não significa dizer, como comumente se diz, que não tem direitos previstos na Constituição. É sim sujeito de direitos, porém não é acusado. Não tem que se defender de nada.

Mas volta atrás reforçando que:

[...] não podemos negar ao indiciado, em regular inquérito, os direitos previstos na Constituição, tais como: o princípio da legalidade; o da proibição de tratamento cruel, desumano ou degradante; o da inviolabilidade do domicílio; o de permanecer calado quando chamado a se manifestar, e o da assistência de sua família, de advogado e de se comunicar com pessoa por ele indicada, além de outros decorrentes dos tratados e convenções em que o Brasil seja parte [Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamado de Pacto de San José da Costa Rica].

A manutenção da dignidade da pessoa humana e o direito à ampla defesa significam preservação do “status dignitatis” do investigado e defesa o tempo todo, ou seja, desde a fase embrionária da investigação até a sentença final. Polícia judiciária que respeita garantias individuais se transforma em legítimo instrumento de exercício de cidadania.

Na atividade investigativa, a autoridade policial poderá “proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, além de realizar acareações”, conforme artigo 6º, VI, do CPP. Através destes procedimentos será possível coletar e construir provas que auxiliarão no esclarecimento do crime. Neste caso, com o advento da Constituição Federal de 1988, os atos de polícia judiciária que visam ao reconhecimento de pessoas, coisas e as acareações entre pessoas, sejam elas, vítimas, testemunhas ou investigados, devem ser revestidos de formalidades, afastando eventuais irregularidades.

No reconhecimento de pessoas, será conveniente que o indiciado ou suspeito seja colocado na presença de outras pessoas que guardam semelhança física entre si, evitando, no que for possível, o reconhecimento individual. Também é conveniente que o auto de reconhecimento seja formalizado e assinado na presença de duas testemunhas, ou na presença do defensor. As mesmas cautelas devem ser tomadas quando se tratar de reconhecimento de coisas. No que se refere às acareações, estas podem ser feitas entre todos os envolvidos nas investigações, ou seja, vítima, investigados e testemunhas. A ressalva que se faz diz respeito ao direito de se manifestar, pois ao indiciado é dado o direito de não se auto-incriminar e à testemunha, por estar compromissada, o dever de dizer a verdade.

A Constituição Federal de 1988, através do inciso LVIII, do artigo 5º, faculta ao indiciado civilmente identificado a não-identificação dactiloscópica e que a inobservância dessa diligência ofende seu “status dignitatis”. Ocorre que a Lei 10.054/2000 e, no Estado de São Paulo, a Portaria DGP-18 disciplinam a tomada de impressões digitais e amparam a

identificação dactiloscópica realizada pela polícia, inclusive para quem já é civilmente identificado, sob o fundamento de que alguns crimes e alguns agentes devem ser identificados criminalmente para que se evite a prisão de pessoas inocentes, em razão do uso de falsas qualificações e falsos documentos.

A identificação criminal do investigado também pode ser feita fotograficamente. A autoridade policial poderá “verificar a vida pregressa do indiciado”, visto que esta formalidade nasce da necessidade de se verificar a origem social, econômica e psicológica do indiciado, auxiliando a autoridade judiciária na construção do seu perfil criminológico, para eventual aplicação da lei penal. Nela se verificam as condições em que o indiciado viveu na infância e na adolescência, podendo apontar se eventuais traumas psíquicos ou psicológicos afetaram a vida familiar ou social. Também se analisam as condições financeiras e econômicas do investigado, permitindo-se apurar eventual aplicação de multas pecuniárias e reparação de danos pelo cometimento de crimes. Por derradeiro, analisa-se o estado anímico do agente, verificando a situação em que o fato delituoso ocorreu. Lopes Jr. (2006, p.152) refuta a idéia de que a polícia possa realizar essas verificações, taxando de “risível” a disposição constante do artigo 6º, IX, do CPP. Por outro lado, é compreensível que o legislador, ao dispor acerca da coleta de informações junto ao indiciado, fizesse uso do aparato policial, notadamente porque a autoridade policial e seus agentes, são os responsáveis pela coleta inicial de informações pessoais junto ao investigado, na maioria das vezes, quando ainda está tomado pelos motivos que o levaram à prática delituosa. Convém ainda ressaltar que a coleta de informações sobre a vida pregressa do investigado coteja informações de natureza subjetiva e objetiva, complementando as informações prestadas ao magistrado, no transcorrer das investigações e da ação penal.

3.6 O processo penal e o direito de defesa

Apesar de algumas leis ordinárias concederem poderes investigativos à autoridade judiciária, é certo que a acusação está nas mãos do Ministério Público, que é auxiliado pela polícia judiciária, papel este desempenhado pela Polícia Civil e Polícia Federal, aqui no Brasil.

Na Itália, a separação das funções de polícia e a jurisdicional gerou ampla modificação nos dois subsistemas. Os danos causados aos cidadãos pela perversão “policialasca” foram da seguinte ordem:

1) A polícia, apesar dos arbítrios, está submetida ao controle sucessivo de um órgão judiciário que pode reparar os abusos, enquanto os abusos cometidos pelos juízes não são reparáveis, nem remediáveis em outra sede.

2) A contaminação “policial” da jurisdição soma-se aos vícios do subsistema policial, vício este que, via de regra, surge como uma espécie de justiça sumária e imediata no caso concreto.

Com as recentes modificações processuais penais na legislação brasileira, somadas às já existentes, a magistratura nacional reforça seus contornos inquisitivos, deixando de lado o papel imparcial para caminhar em direção à investigação, sob o argumento de que vai perseguir a verdade material [real]. Tome-se como exemplo a Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispõe sobre o combate às organizações criminosas, bem como as recentes Leis 11.689, 11.690 e 11.719/2008, que modificaram os procedimentos no Tribunal do Júri, notadamente na produção e admissão de provas, por parte do juiz, mesmo antes de iniciada a ação penal.

Barbosa (2004, p.16) afirma que:

[...] a polícia judiciária é hoje polícia judiciária científica ou técnica. É uma ciência prática, da identificação civil, a serviço da investigação judicial. É a aplicação dos conhecimentos científicos aos inquéritos criminais. Não tem caráter policial. Não é propriamente polícia. É ramo da justiça criminal. Só se inspira em leis processuais penais. É sentinela avançada da justiça, seu primeiro auxiliar. Chave do processo. Olho e sentinela da justiça. A polícia judiciária e a judicatura criminal se integram, uma é nervo da outra. Suas características são a iniciativa, a atividade, a investigação. Rasteja o crime. Corre após ele. Dele tem a primeira notícia. Colhe provas. Começa quando o homem dá o primeiro passo na consumação do delito, e acaba quando o juiz toma conhecimento do fato. A polícia judiciária técnica dispõe de funcionalismo especializado, recursos em pessoal, laboratórios, transportes. Utiliza os ensinamentos e as experimentações da química legal, da toxicologia, da medicina legal, da psiquiatria jurídica, da fotografia estereométrica, antropometria jurídica, da caligrafia jurídica, da balística aplicada, da antropologia radiográfica.

3.7 A materialização do direito de defesa na fase policial

Apesar de vários juristas refutarem a admissibilidade do contraditório e do direito de defesa no bojo do inquérito policial, a tendência natural, social, jurídica e política será no sentido da aceitação do direito de defesa, tendo em vista os caminhos trilhados pela sociedade. Parte da doutrina é concorde em aceitar que o contraditório iria truncar o andamento do inquérito policial, tornando-o confuso. Nas palavras de Scarance Fernandes (2005, p.98), nada impede a implementação do contraditório diferido, ou seja, a oportunidade

de contradizer as provas carreadas aos autos, não concomitante, nem simultaneamente, mas “a posteriori”. Em que pese a grave crise institucional vivida na atualidade, por conta dos ataques das facções criminosas e de grupos criminosos organizados perpetrados contra particulares e autoridades constituídas, as garantias constitucionais conseguidas “a duras penas” não podem retroagir. A sociedade caminha no sentido de dar amplas garantias ao homem [culpado ou inocente], prevalecendo sobre aquelas que se referem às garantias “pro societate”.

O direito de defesa remonta às épocas mais antigas, e não é de hoje que as legislações do mundo inteiro clamam por direito de defesa, ampla e irrestrita, portanto irrenunciável. Por direito de ampla defesa, deve-se entendê-lo sob dois aspectos: O primeiro aspecto diz respeito à sua materialidade, ou seja, trata-se de exercer a defesa da forma mais efetiva possível, no sentido de poder apresentar todas as provas produzidas ou recolhidas. Materialidade, neste caso, significa o direito de apresentar quaisquer documentos, peças ou objetos para a realização de investigações e exames periciais na fase policial, investigativa, pré-processual ou administrativa. Num outro aspecto, o direito de defesa é amplo ou atemporal, isto é, pode ser exercido a qualquer tempo, tanto na fase processual, mas também e principalmente na fase policial [administrativa ou pré-processual].

José Frederico Marques e, na atualidade, Fauze Hassan Choukr e Lopes Jr. tecem pesadas críticas ao inquérito policial. Paulo Rangel (2006, p. 75) o descreve como “procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal”, possuindo características próprias que lhe são inerentes. Antes de visitá-las, Rangel (2006, 75) menciona que:

[...] “o inquérito deve ser estudado à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, já que são tomadas medidas de coerção pessoal e real contra o indiciado, necessitando, neste caso, de intervenção do Estado-juiz”, considerando-o “procedimento administrativo pré-processual”.

A primeira característica do inquérito policial é o seu formalismo, exteriorizado através da necessidade de ser datilografado, digitado ou escrito. O artigo 9º, do CPP, dispõe que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade competente”. Desta forma, todos os seus atos e termos serão necessariamente reduzidos a termo. Os documentos formalizados pela Polícia ou oriundos de outros organismos públicos. Os demais documentos acostados aos autos e oriundos das mãos de instituições particulares ou de quaisquer outras pessoas, físicas ou jurídicas receberão rubrica da autoridade policial e serão considerados como peças do

referido procedimento, dele só podendo ser retirados mediante termo de desentranhamento para realização de exames periciais ou por requisição judicial. Tecnicamente, o termo processo somente pode ser conferido mediante Jurisdição, porém Lauria, Cruz e Tucci (1993) aduzem que:

[...] a confusão terminológica, e até mesmo conceptual, entre processo e procedimento se tradicionalizou em nosso país. Fala-se de um, quando na verdade trata-se do outro, tanto que no texto da Constituição Federal menciona processo administrativo, quando está fazendo referência a procedimento administrativo.

Cândido Rangel Dinamarco entende que “processo traduz o procedimento em contraditório”. Para Moraes (1986, p.120), o formalismo do inquérito policial significa um “conjunto ordenado cronologicamente e autuado das peças que registram as investigações feitas em torno de cada caso”. Para Magalhães Noronha (1973, p.18), é no inquérito policial “que se colhem elementos que seriam impossível ou difícil obter na instrução judiciária.

Quando o garantismo, por meio do direito de defesa na fase policial e demais instrumentos de tutela, alcança o seu real objetivo, as peças reduzidas a escrito ou digitadas, constantes do inquérito policial, deverão mencionar, expressamente, que esse direito foi concedido ao investigado, independentemente do seu exercício. Neste ponto é que se pode observar a antinomia existente entre as colocações de vários juristas, dentre eles José Frederico Marques, Fernando Almeida Pedroso e Paulo Rangel e a realidade vigorante no sistema processual penal, que a cada dia aponta para o necessário garantismo, inclusive nas investigações preliminares.

3.8 O Ministério Público e o inquérito policial

O Ministério Público, como se sabe, é o responsável pela ação penal. O inquérito policial que é o resultado de todas as investigações realizadas pela polícia judiciária tem como destinatário o promotor de justiça, que se valerá daquele procedimento para oferecer a denúncia. Neste sentido, Lopes Jr. (2006, p. 160) refere que “a polícia judiciária somente se justifica como órgão auxiliar, destinado a apoiar aqueles que representam o Estado na administração da justiça”.

Portanto, sempre que necessário, o Ministério Público poderá ordenar a devolução do inquérito policial à delegacia de polícia de origem, para que o delegado de polícia realize diligências que forem reputadas imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Convém

ressaltar que, no sistema pátrio, em que impera o sistema inquisitivo na fase preliminar da investigação e o sistema acusatório na fase processual, Lopes Jr. (2006, p. 160) aduz que “não existem motivos para se exigir uma completa independência da polícia”, tanto que hoje existe, constitucionalmente, o controle externo da polícia pelo Ministério Público. Em que pese a existência deste controle, Ferrajolli entende que a Polícia deveria estar vinculada ao Poder Judiciário. A requisição ministerial para formalização de diligências só será legítima quando imprescindível, caso contrário, se estas forem protelatórias, ofendem o “status dignitatis” do indiciado, principal interessado no desfecho do caso. Em se tratando de inquérito policial e eventual início de ação penal, o desfecho daquele e o não-início desta em prazo razoável vai de encontro ao que o legislador constitucional, através da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, determina: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para Lopes Jr. (2006, p. 161-162), a ausência de dispositivo legal que diga de forma clara e específica que o Ministério Público exerça o controle externo da polícia impede a melhor condução do inquérito policial. A falta de informação acerca da notícia-crime e o não-fornecimento de instruções específicas à polícia prejudicam o progresso, e a lacuna existente quanto ao tema impede que o Ministério Público possa assumir o controle do inquérito policial. Portanto, seria “imprescindível, do ponto de vista lógico e jurídico, que a polícia judiciária estivesse funcionalmente subordinada ao MP”. Noutra sentença, como já fora dito em outras partes desta obra, com o advento da nova carta de direitos, a polícia judiciária através de seu instrumento jurídico, o inquérito policial, experimentará uma mudança de paradigma, assumindo um novo papel no processo penal pátrio, qual seja “a descoberta da verdade”. Assim, inconcebível seria a Polícia subordinar-se ao Ministério Público, órgão acusatório, e funcionar como instituição comprometida com a verdade dos fatos, visto que, se funcionar no pólo acusatório, pode-se incorrer na “coleta seletiva de provas”, prejudicando a recolhimento de informações que poderiam colaborar na inocência do investigado, comprometendo a paridade de armas na fase preliminar da investigação.

CAPÍTULO 4 - UMA NOVA POLÍCIA JUDICIÁRIA, UM NOVO INQUÉRITO POLICIAL E UMA NOVA FORMA DE INVESTIGAÇÃO

4.1 A ciência do direito aplicada ao direito de defesa na investigação criminal

As liberdades fundamentais estão inseridas no ordenamento jurídico nacional, portanto será considerada a construção do conhecimento a partir destas garantias, com a instauração do inquérito policial até a sua final conclusão, abrangendo todos os atos de polícia judiciária.

Numa visão geral e positivista, a preocupação do Direito é o estudo da norma positivada, o direito posto. Será preciso construir um raciocínio lógico e correto acerca do direito de defesa na fase policial, apontando os pontos de relevância, adequando a norma constitucional [dever ser] à realidade do fato [ser]. Analisar, preliminarmente, o repertório, ou seja, o que é o direito de defesa e sua repercussão na seara policial; em seguida, a estrutura, isto é, de que forma o direito de defesa poderá alicerçar a dinâmica do inquérito policial; depois, o objeto, que se traduz no porquê do direito de defesa na fase policial; e derradeiramente, a finalidade, aliás, a finalidade específica, ou seja, a possibilidade de exercer esse direito, independentemente, da fase em que se encontram as investigações e a produção de provas, com respeito às garantias e liberdades individuais do cidadão.

Pelo repertório, serão trazidos à colação os mais variados elementos que formam um conjunto; trata-se da composição de normas, atos, fatos e valores constantes e protegidos pelo ordenamento jurídico. Refere-se à essência das coisas; remontando épocas antigas, não é de hoje que as sociedades do mundo inteiro clamam e debatem o problema do direito de defesa, o seu alcance e as suas conseqüências.

Por direito de ampla defesa, deve-se entendê-lo sob dois aspectos: O primeiro, diz respeito à sua materialidade, exercendo esse direito da forma mais efetiva possível, no sentido de poder apresentar todas as provas produzidas ou recolhidas, sejam documentos, armas, peças ou objetos para a realização de investigações e exames periciais na fase policial, investigativa, pré-processual ou administrativa. No segundo aspecto, o direito de defesa é amplo ou atemporal, isto é, pode ser exercido a qualquer tempo, tanto na fase processual, mas também e principalmente na fase policial [administrativa ou pré-processual].

O Direito, a partir do uso adequado da força, intenta a restauração do equilíbrio violado oriundo da ação humana. Dentre esses mecanismos reguladores, esclarecem Francisco Uchoa de Albuquerque e Fernanda Maria Uchoa (apud VERAS, 2005):

Encontramos considerável número de regras, preceitos, princípios e conceitos, oriundos das mais diferentes fontes, empenhadas em realizar esse trabalho de harmonia social. Os conselhos maternos, as lições dos mestres, as regras de etiqueta e urbanidade, os preceitos morais, os mandamentos religiosos etc. são peças de um gigantesco mecanismo de regulamentação da sociedade. Dentre estes, ergue-se o Direito como o mais severo e eficiente instrumento de controle social, chamado a atuar sempre que a conduta humana ultrapasse os limites do meramente inconveniente e se constitua ameaça ao fato da convivência social.

Ao tratar da estrutura do direito de defesa na fase policial, buscam-se os liames entre os componentes existentes num sistema. Objetiva-se demonstrar a aplicabilidade e a validade de um método, permitindo-se conhecer o conteúdo da matéria aplicável. No estudo da estrutura, corporifica-se o conjunto de normas, recepcionando, subordinando e compatibilizando umas às outras. Tanto é assim que o HC – 92.331, da 1º Turma do STF, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Melo, de 19.03.2008, publicado em 31.07.2008, decidiu que “descabe indeferir o acesso da defesa aos autos do inquérito policial, ainda que deles constem dados protegidos pelo sigilo”. Pode-se observar que, na mesma sentença, houve a ponderação de princípios e valores; observância às garantias constitucionais, subordinação; e compatibilização de normas constitucionais e ordinárias.

Ao tratar do direito de defesa na fase policial, importa estruturar sua aplicabilidade, advertindo que a Constituição Federal ao incluir garantias individuais em seu bojo, não excepcionou o inquérito policial, inquisitivo por natureza, aliás, subordinou sua existência e seu valor jurídico, à fiel observância das garantias constitucionais. Podem ser compatibilizadas as normas constitucionais, dentre as quais o direito de defesa na fase policial, e os mandamentos processuais penais através de uma releitura dos seus dispositivos.

A utilização de uma forma garante ordem e estabilidade ao sistema, permitindo a interpretação e o escalonamento das suas normas, criando liames de subordinação e coexistência harmônica no plano horizontal. O exercício do direito de defesa no bojo do inquérito policial não encontra incompatibilidade dentro do sistema, na verdade, essa garantia é uma necessidade, sobretudo quando em tempos modernos, juristas, legisladores e governantes, alegando razões de Estado, priorizam a legislação emergencial e o direito penal do inimigo, enxergando no cidadão um inimigo a ser exterminado.

Ao referir ao direito de defesa, precisa-se posicioná-lo no ordenamento jurídico e admiti-lo nas investigações criminais e nos atos de polícia judiciária, encadeando atos tendentes a um fim, qual seja, a descoberta da verdade real. Neste sentido, o direito de defesa encontra seus fundamentos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Em 1998, no Estado de São Paulo, a Delegacia Geral de Polícia baixou a Portaria DGP-18, que trata da condução dos inquéritos policiais e do respeito às liberdades individuais. Recentemente, a Lei 11.449/2007 modificou o artigo 306, do CPP, que instituiu a Defensoria Pública e a necessidade da pessoa autuada em flagrante ser assistida por defensor público ou advogado por ele indicado.

Ao analisar o objeto do direito de defesa na fase policial, chega-se ao instrumento através do qual se formalizam todos os atos relacionados à investigação criminal, o inquérito policial. Importa, no entanto, verificar as razões e os motivos que levaram o legislador a utilizar-se deste procedimento administrativo [pré-processual] para a apuração da verdade dos fatos, verificando e apontando a supressão ou o reconhecimento do direito de defesa na fase policial. Portanto, é o instrumento capaz de reunir as informações obtidas com as investigações, consubstanciados em atos de polícia judiciária. Para alguns juristas, o objeto do direito é a regra de conduta que interfere na conduta do seu semelhante. Neste sentido, Miguel Reale (1996, p.04) preleciona que “o objeto do direito pode recair sobre uma obrigação, coisa ou pessoa”. No Brasil, o instrumento hábil é o inquérito policial, objeto do direito, sobre o qual faz recair uma obrigação de natureza constitucional, qual seja, a “apuração das infrações penais e a sua autoria”.

Ao tratar da finalidade do direito de defesa na fase policial, entende-se o seu emprego para a implantação da paz e da harmonia social, distribuindo justiça, levando-se em conta o caráter essencial e utilitário da norma. Tratando-se de direito de defesa na investigação criminal, o compromisso será tutelar às garantias individuais, fruto de árdua luta através dos tempos, ressaltando que nossa sociedade, ao referir-se às garantias constitucionais e vivendo o direito positivado, no tempo e no espaço, não deixa de se socorrer de elementos e informações oriundos da Antigüidade, para que a experiência vivida anteriormente sirva de exemplo na aplicação e na construção das leis ora vigentes. Estas garantias constitucionais conseguidas “a duras penas” não podem sofrer retrocesso. A sociedade caminha no sentido de dar amplas garantias ao homem [culpado ou inocente], prevalecendo sobre aquelas que se referem às garantias “pro societate”. Portanto, sinteticamente, pode-se afirmar que o direito de defesa poderá e deverá ser implementado no transcorrer da investigação criminal, e no bojo do inquérito policial. Rudolf Von Ihering raciocina que “direito é luta”, e atualmente Ferrajoli

entende que “as garantias constitucionais só serão alcançadas a custa de muito esforço”. E mesmo à custa de muito esforço, o direito de defesa na fase policial será uma realidade incontestável. José Frederico Marques (2000, p.168) trilhava outros caminhos e aduzia que a “a investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso for duvidoso é que a autoridade policial deve atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido”.

Cabe ressaltar que o direito de defesa na fase policial fora recepcionado pela norma constitucional erigida em 1988, e o Código de Processo Penal já o admitia desde 1941, apesar de mitigado pela maioria dos juristas que mantiveram entendimento diverso acerca do artigo 14, do CPP. Foi criado um conjunto que, no sistema pátrio, revela-se como sendo a composição de normas, atos, fatos e valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Refere-se aqui às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia procedimental, estabilidade das decisões em procedimentos administrativos, impostos a partir da Constituição de 1946, ampliadas pela emenda n° 01, de 1969 e, finalmente, corroborada pela carta constitucional de 1988.

Conforme Maria Helena Diniz (apud VERAS, 2005), este conjunto de conhecimento armazenado [repertório] emerge das fontes materiais ou reais, e abrange fatores sociais, históricos, religiosos, naturais [clima, solo, raça, geografia, constituição anátomo-psicológica do homem], demográficos, higiênicos, políticos, econômicos e morais [honestidade, decoro, decência, fidelidade e respeito ao próximo], e também valores de cada época [ordem, segurança, paz social e justiça], dos quais surgem as normas jurídico-positivas. Esses elementos surgem da própria realidade social e dos valores que nutrem o ordenamento jurídico.

Portanto, a finalidade do direito de defesa na fase policial é a possibilidade do investigado manifestar-se acerca das acusações que lhe pesam, podendo defender-se logo após a formalização das diligências policiais, mesmo quando os fatos ainda estão sendo apurados em sede de inquérito policial, ressaltando a importância da concessão deste direito à pessoa investigada.

A legislação processual penal em vigor desde 1941 possui um viés inquisitivo, mas que não tem o condão de afastar as garantias constitucionais do inquérito policial, sobretudo porque o exercício destas garantias, diga-se, irrenunciáveis, não impede e não inviabiliza a formalização dos atos de polícia judiciária. Entende-se que, a partir da “notitia criminis”, já há de fato uma imputação irrogada, sobrevindo seqüelas ao investigado.

Esta restrição ou não observância às garantias constitucionais teve como um dos seus precursores Marques (1961, p.153), que conceitua o inquérito como “procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”. No mesmo sentido, Azevedo (1952, p.115) aduz que “o inquérito policial é uma colheita preliminar de provas, sem forma ou figura de juízo, destinado a fornecer elementos para que a Justiça possa exercer sua função”. Pedroso (2001) entende que o inquérito policial tem natureza meramente preparatória da ação penal, ressurtindo como procedimento preliminar e informativo para a instauração do processo.

Estes juristas, sem exceção, apontam que o inquérito policial, por se tratar de peça “meramente informativa” não admite o direito de defesa em seu bojo. Para Fernandes (2005, p.75) merece destaque alguns aspectos da fase de investigação por serem relevantes ao estudo voltado aos procedimentos processuais penais, admitindo que:

[...] a existência de uma fase de investigação constitui garantia contra acusações apressadas e destituídas de suficiente base e, por outro lado, a utilização dos elementos colhidos durante esse período pré-processual não pode ir além de sua finalidade essencial: permitir a acusação.

A partir de 1960, o processualista da Faculdade de Direito de Pernambuco, Professor Nilzardo Carneiro Leão, e mais tarde René Ariel Dotti, Luiz Flávio Gomes e Miguel Reale Júnior haviam versado sobre a paridade de armas na fase policial ao aduzirem que, ao lado do interesse do Estado em punir o autor do evento delituoso, existe também o interesse em permitir ao acusado todo meio lícito de defesa. Tanto é que o conceito e o posicionamento de um grande número de juristas divergem dos atuais mandamentos constitucionais advindos da Constituição Federal de 1988. A seguir são citados alguns motivos:

a) Apesar de ser considerado “procedimento administrativo”, o cidadão submetido à investigação através do inquérito policial não poderá ter cerceado o seu direito de defesa, e repisando o argumento, a interpretação das normas constantes do nosso ordenamento jurídico deve partir da norma fundamental e do mandamento constitucional, da qual todas as demais devem derivar, e caminhar em direção à legislação ordinária, ou seja, esta se ajustando àquela. A legislação ordinária anterior ao advento da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada à luz destes mandamentos e, se não forem colidentes, serão recepcionadas, adequando ou flexibilizando, para que possam trazer unidade ao sistema e validade para as normas, que cumprirão seus objetivos históricos e sociais;

b) Os conceitos de inquérito policial mencionados pelos juristas são anteriores ao advento da Constituição de 1988, existindo divergência entre o conceito e as garantias

individuais previstas na carta de direitos. Estes conceitos permaneceram imutáveis por longos 60 anos. Portanto, existe a necessidade de se construir uma nova interpretação acerca do instituto face às mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Conceituar o inquérito policial como “procedimento administrativo preparatório da ação penal” não satisfaz e não demonstra o seu verdadeiro alcance. Será preciso esmiuçá-lo, lançando sobre este instrumento de provas, os novos conceitos e as novas exigências da Constituição Federal. Doravante, o compromisso do inquérito policial passou a ocorrer com a descoberta da verdade real ou atingível, ou seja, investigar fatos e materializá-los, chegando o mais próximo possível da realidade, independentemente se, ao final destas diligências e investigações, o indiciado [sujeito de direitos] será inocentado ou apontado como autor da infração penal. Para a busca da verdade nas investigações criminais, nos dias atuais, necessita-se que todos os seus atos sejam revestidos de formalidades tuteladas constitucionalmente.

Fernandes (1999, p.248) e Pedroso (2001, p.54) citam Vicente Greco Filho que colocava a “defesa no centro do processo penal”, afirmando que “[...] para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo processo gravita é a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar”.

4.2 Princípios e garantias constitucionais como fundamento de validade do inquérito policial

Para implementar o direito de defesa na fase policial, convém fazer algumas referências, sobretudo acerca dos princípios que informam os atos administrativos constantes do artigo 37, da CF: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Para Rangel (2005, p.75):

[...] o inquérito é um instituto que deve ser estudado à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, já que são tomadas medidas de coerção pessoal e real contra o indiciado, necessitando, neste caso, de intervenção do Estado-juiz.

José Afonso da Silva (apud ZACARIOTTO, 1999) traz a noção formal de legalidade, como sendo a “realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana”, e assevera que:

[...] o princípio da legalidade não exige que somente as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas, exige que elas estejam

em conformidade com os valores necessários à existência de uma sociedade livre, tarefa exigida expressamente pelo Estado brasileiro [Art. 3º, CF].

A partir de 15 de janeiro de 2007, entra em vigor a Lei 11.449-2007, que prevê alteração no artigo 306, do CPP. A nova redação disciplina que a prisão de qualquer pessoa e o respectivo local de encarceramento devem ser comunicados, imediatamente, ao juiz competente, à família do preso ou pessoa que ele indicar. Os parágrafos primeiro e segundo do citado artigo esclarecem que: dentro de 24 horas, logo após a prisão, o auto de prisão em flagrante será levado às mãos do juiz competente e, caso o preso não possua advogado, os autos também serão encaminhados à Defensoria Pública; e que a nota de culpa será entregue ao preso no mesmo lapso temporal, mediante recibo, com assinatura da autoridade policial, declinando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. Todas estas formalidades já estavam expressamente elencadas na carta constitucional de 1988, à exceção da comunicação à Defensoria Pública.

Porfírio (2005, p.221) aduz que “a presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos praticados em nome do Estado cede diante da lesão ou ameaça ao direito individual de liberdade”.

A impessoalidade declinada pelo mandamento constitucional indica que todos os atos de polícia judiciária deverão ser formalizados de molde a tratar todos os investigados ou indiciados da mesma forma, ou seja, todo homem tem direito a ter direitos, na mesma forma e proporção dos demais, sem distinção de sexo, raça, religião ou condição econômica. Por impessoalidade, Meirelles (1991, p.81) aduz que “este termo exprime o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público, no caso presente, a autoridade policial, que só pratique o ato para o seu fim legal”.

Neste sentido, o autor relembra que o princípio da finalidade veda a prática de ato administrativo sem interesse público ou inconveniente para a Administração, visando satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição por parte dos agentes governamentais. Será dever da autoridade policial preservar o “status dignitatis” de todo e qualquer investigado, ressaltando a necessidade de se manter um equilíbrio entre os interesses do cidadão e o interesse público.

O terceiro princípio, o da moralidade, demonstra que todo investigado ou indiciado deve ser tratado com o máximo respeito possível. Por moralidade entende-se também o trabalho exercido pelas autoridades constituídas, ou seja, o trabalho correto e dedicado à realização de investigações, sem arbitrariedades ou qualquer tipo de violência física ou moral.

Hauriou (apud MEIRELLES, 1991, p.79), sistematizador do conceito de moralidade, adverte que:

[...] não se trata da moral, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. É a capacidade de discernir o Bem do Mal, o honesto do desonesto, agindo com ética e bom senso.

Hauriou, na mesma consonância de Welter, e novamente citado por Meirelles (1991, p. 79) arremata que “a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto de regras finais e disciplinares”.

No mesmo sentido Lacharrière (apud MEIRELLES, 1991, p.79) conceitua moral administrativa como “o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados”.

Portanto, os atos de polícia judiciária, conforme expressão cunhada por Lopes Jr. (2006, p.56), funcionam como um “filtro processual” que impede a propositura de ações penais mediante infundadas acusações. Para Rangel (2005, p.88), “se o procedimento administrativo de investigação tem função garantidora, não pode autorizar acusação baseada na dúvida”, portanto, deve ser conduzido com a máxima responsabilidade possível. E complementa que:

[...] jogar o investigado no banco dos réus com a alegação de que na instrução o MP provará os fatos que alegou é achincalhar com os direitos e garantias individuais, desestabilizando a ordem jurídica com sérios comprometimentos ao Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito à publicidade, Meirelles (1991, p. 81) entende como sendo “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”. Daí infere-se que a lei e os atos administrativos, para que produzam conseqüências jurídicas válidas devem-se revestir de publicidade. Ocorre que a doutrina ainda é fértil, no sentido da sigiliosidade das investigações criminais. Pedroso (2001, p.59), sobre o assunto, aduz que:

[...] o caráter inquisitivo do inquérito deve ser preservado, para que dessa natureza decorra, como consectário lógico e sempre que necessário à elucidação do fato ou a conveniência da sociedade, o sigilo das investigações.

E Rosa (1942, p.112-113) realça que;

[...] quanto menor é o número de pessoas que devem intervir para a descoberta do delito e dos responsáveis pela sua prática, mais fácil se torna a descoberta da verdade. Fato sabido por muitos, em pouco tempo será conhecido por todos. Ora, na generalidade desses casos, os comentários

pululam e o crime ocorrido se torna o assunto do dia, de tal forma que, por um lado, ditos comentários prejudicam a ação da autoridade policial com boatos geralmente não conformes à verdade, concorrendo comumente para dificultá-la, ao mesmo tempo em que, por outro lado, põem os delinquentes ao corrente de todos os atos e passos da autoridade, sendo-lhes portanto, mais fácil esconder os vestígios do crime e escapar à prisão. Não tendo a indagação policial influência direta ou imediata sobre a condenação ou absolvição do réu, conclusões estas que dependem tão-somente da prova colhida na instrução criminal, isto é, na formação da culpa perante o juiz competente, não há razão alguma para se admitir defesa durante o processo preparatório, que é o inquérito policial.

E os argumentos contrários não cessam. Jimenez Asenjo (apud PEDROSO, 2001, p.60) asseverava que:

[...] igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois a igualdade das condições da luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo nobremente sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios da culpabilidade do seu autor.

E José Frederico Marques (apud PEDROSO, 2001, p.61) arrematava que:

[...] não se há de exigir que o Estado compareça em juízo de mãos vazias, com a função acusatória inteiramente anulada. Da acusação é o ônus probatório. Limitá-la, pois na fase prévia de investigação, para impedir que colha os elementos informativos imprescindíveis à atuação que deve desenvolver em Juízo é quebrar definitivamente o equilíbrio do sistema acusatório, para que a balança penda decisivamente em favor de Sua Excelência, o Réu.

Essa pitoresca expressão foi empregada pela primeira vez pelo jurista Resende (1960, p.66). Para Pedroso (2001, p.60), “a nada conduziria a ‘informatio delicti’ se fosse azado ao indiciado, durante o seu curso, formular pedidos, apresentar impugnações, recorrer” e mais, “dando assim vazão ao seu interesse de procrastiná-la, para que contra si não pudessem ser reunidas de imediato as principais provas, eventualmente perecíveis”. E como não bastasse, Marques (1999, p.168) encerrava que:

[...] a demagogia forense tem procurado adulterar, a todo custo, o caráter inquisitivo da investigação, sempre que encontra autoridades fracas e pusilânimes. Por outro lado, a ignorância e o descaso relativos aos institutos do processo penal contribuem decisivamente para tentativas dessa ordem.

Ocorre que, desde sua edição em 1941, o Código de Processo Penal permite a manifestação da defesa ainda na fase policial, conforme descrito no artigo 14, do CPP. É indiscutível que o sigilo deva permear as investigações policiais, sobretudo para que o Estado possa dar uma resposta àquele que ofendeu um bem penalmente protegido, mas o sigilo não pode ser de tal forma que anule a possibilidade de o indiciado se defender das acusações. Espera-se que, à vista do garantismo penal, esta sigilosidade deva ser mitigada, reduzindo-a a contornos menores, circunscrevendo-se aos atos em que a publicidade prejudicaria o sucesso da diligência investigativa. Sabedores que uma das características do inquérito policial é o sigilo, cabe aqui algumas considerações, visto que este sigilo não pode ferir o direito que o indiciado tem de se defender na fase policial, isto é, as provas carreadas aos autos não lhe podem ser ocultadas, evitando que o autor tenha conhecimento das acusações. Fernandes, Moraes e Almeida (2008, p.53), ao tratarem da “publicidade e da proporcionalidade na persecução penal brasileira”, ponderam que a autoridade policial só poderá limitar a publicidade das investigações, interna ou externa, sem autorização judicial, se ainda não houver suspeitos, e que, existindo suspeitos, não se admite o sigilo abstrato para todas as investigações em curso, tornando ilegal a atividade administrativa policial que decreta o sigilo em toda a fase preliminar. Entende-se por publicidade interna aquela que atinge os defensores e os operadores do direito [policiais, funcionários da Justiça, etc.] e por publicidade externa aquela que atinge as partes [investigado, testemunhas, vítimas, etc.]. O sigilo que protege as investigações faz-se no interesse da sociedade, mas o direito de acesso aos autos pelo advogado é irrenunciável.

Ao tratar da eficiência, refere-se à EC-45 e à razoável duração do processo e, apesar de o inquérito ser um procedimento administrativo, o artigo 10 do CPP impõe o prazo de 30 dias para conclusão do inquérito policial, podendo ser concedido mais 30 dias para o seu encerramento, mediante pedido do delegado de polícia ao magistrado, com a concordância do Ministério Público. Neste sentido, o dispositivo processual penal está perfeitamente adequado à realidade constitucional, que inseriu o inciso LXXVIII na Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

A necessidade de manifestação da autoridade judiciária e do promotor de justiça servirá como forma de fiscalização externa dos atos de polícia judiciária, permitindo verificar o andamento das investigações e a real necessidade de dilação de prazo. Diverge dos procedimentos instituídos no âmbito do Ministério Público que não trazem, em seu bojo, o prazo para término das diligências ministeriais, portanto, podem perdurar indefinidamente e

por anos a fio. Esta imprevisão legislativa rendeu ensejo ao HC n. 88.190, de 29.08.2006, Min. César Peluso, que entendeu tratar-se de flagrante constrangimento o procedimento investigatório promovido pelo MP, mas que cerceava o direito de vista aos autos ao advogado do investigado.

Insta reconhecer que apesar do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público e das correções judiciais promovidas pelo Poder Judiciário nas delegacias e distritos policiais, em razão do grande número de inquéritos policiais instaurados, muitos procedimentos não são concluídos no prazo de 30 dias. Em alguns casos, os atos de polícia judiciária e as diligências investigatórias transcorrem sem expectativa para sua conclusão, podendo acarretar, inclusive, a prescrição do crime. Assim, não se pode permitir que a burocracia que emperra a polícia judiciária funcione como elemento chave no desfecho dos inquéritos policiais, pois, de um lado, cria ansiedade e insegurança ao investigado que aguarda o desfecho das investigações, e por outro, cria um sentimento de impunidade perante a sociedade, beneficiando aqueles indivíduos com condutas desviantes. Quando se refere à eficiência, cabe a constatação feita por Rovegno (2005), que conclui “não há homens ou instituições melhores que os outros; o que faz com que homens e instituições brilhem são o seu preparo e o seu aparelhamento [material e legal]”.

4.3 A defesa técnica na fase policial

Ao lado destes princípios constitucionais, o indiciado pode fazer uso de duas formas de defesa: da defesa técnica, feita por advogado e a autodefesa, ou seja, poder exercer o direito de defesa pessoalmente, sem a presença daquele. Para Fernandes (2005, p. 293), não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas, pois há, de um lado, o Ministério Público com membros qualificados, e para auxiliá-los, a polícia judiciária, especializada na investigação criminal. Portanto, na outra face da relação processual, deve existir um profissional habilitado para defendê-lo das acusações que lhe pesam. Fernandes (2005, p. 287) exige que a defesa técnica deve ser indeclinável, plena e efetiva. O indiciado ou acusado não pode dela renunciar, sob pena de nulidade de todos os atos formalizados. Também deve ser plena no sentido de que deverá manifestar-se durante todo o ‘iter’ processual, inclusive a fase policial, cuja norma constitucional expressamente determina. E efetiva, não sendo suficiente a aparência de defesa. Neste sentido, Tucci (apud FERNANDES, 2005, p. 287) explica:

[...] a assistência de advogado não só ao preso, como ao indiciado, durante o desenrolar da ‘informatio delicti’, não significa assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja a atuação profissional do advogado.

Inexistindo controvérsias quanto à participação da defesa, será necessário delimitar sua abrangência. Não se trata de contraditório, mas de proporcionar ao advogado o direito à ciência das investigações que estão sendo desenvolvidas, podendo utilizar todos os mecanismos do sistema em favor do investigado [pedido de relaxamento de prisão, liberdade provisória, etc.]. No interrogatório, o indiciado poderá se manifestar ou permanecer em silêncio. Poderá recusar-se a fornecer material caligráfico, não se submeter à acareação ou recusar participação na reprodução simulada dos fatos. Também não está adstrito a apresentar documentos que estejam em seu poder para fazer prova contra si mesmo. Com relação à autodefesa, Fernandes (2005, p. 293) aduz:

[...] o direito à autodefesa é renunciável, não podendo o acusado ser obrigado a comparecer ao interrogatório ou para a realização de atos processuais. Esse direito surge de várias maneiras, dentre elas, dentre as quais o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente.

Apresentar-se pessoalmente é o momento em que o indiciado poderá entrar em contato direto com o juiz ou com a autoridade policial e apresentar a sua versão para os fatos. Além destas faculdades, o indiciado tem direito de saber qual o momento em que se define a imputação e toma ciência das acusações. Convém ressaltar que, mesmo na fase policial, o indiciado tem a livre comunicação com seu defensor, sendo a incomunicabilidade uma ofensa às liberdades individuais, constituindo flagrante ilegalidade. No caso de indiciado pobre, a carta constitucional prevê que o Estado tem obrigação de nomear advogado para assisti-lo. Esta nomeação deverá ocorrer em todas as fases da “persecutio criminis”, ou seja, na fase processual e na policial. Neste sentido a exigência da Lei Estadual 11.449/2007, que prevê a nomeação de defensor ou a comunicação da lavratura do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública.

Carlos Henrique Borlido Haddad (apud ZACCARIOTTO, 1999) sustenta:

[...] o indiciado pode ser atingido nos seus direitos pessoais e reais logo que o inquérito instaura-se. A presença do defensor é necessária, pois a defesa não começa com a acusação formal. É do conhecimento geral que entre o início do inquérito policial e o começo da instrução criminal medeiam dias, semanas e meses. Se o defensor não atuar na fase inquisitória, muitos elementos de interesse da defesa não chegarão à fase contraditória e, mesmo confiando na autoridade policial, cujos atos presumem-se revestir de

legalidade, não seria exagero imaginar, ao menos, o uso de critério seletivo de provas. Se é certo que o indiciado sofre limitações nos seus direitos e liberdades durante o inquérito policial, a defesa técnica põe-se como entrave aos abusos e excessos, ao garantir a autenticidade dos atos praticados e a lisura do procedimento administrativo. O indiciado, ao ser interrogado em sede extrajudicial, deve estar acompanhado por defensor, pois se trata de irrecusável direito que lhe socorre: a ampla defesa não se confunde com o contraditório e se este é excluído na fase inquisitória, o mesmo não ocorre com aquela.

A legislação extravagante, cuja ampliação formal-material decorre das disposições contidas na Lei 11.449/2007, introduziu as mudanças no artigo 306, do CPP, determinando a imediata comunicação das prisões em flagrante à Defensoria Pública, visando resguardar o interesse dos presos. Alguns juristas indagam a real necessidade do efetivo exercício do direito de defesa, independentemente das fases, policial ou judicial. Mencionam a desnecessidade do direito de defesa no âmbito processual, inclusive e, em específico, no interrogatório. Ou seja, a discussão baseava-se na natureza jurídica do interrogatório, no caso de se tratar de meio de defesa ou de acusação, pois, independente da sua natureza, necessária é a assistência jurídica.

Constitucionalmente garantido e formalmente expresso no Código de Processo Penal e nas alterações promovidas pela Lei 11.449/2007, o direito de defesa só se efetivará na fase policial se forem implementadas algumas modificações nos atos de polícia judiciária e nas práticas cartorárias da Polícia Civil e da Polícia Federal. Preliminarmente é necessário que se inicie uma mudança de paradigma no que diz respeito à fiel observância aos direitos e garantias individuais expressamente previstos na Constituição Federal. Convém ressaltar a necessidade da reconstrução de várias peças de polícia judiciária que auxiliariam no formal reconhecimento da existência do direito de defesa na fase policial. Essa mudança de paradigma impõe que o inquérito policial deixe de ser uma peça de caráter opressor ou instrumento de coação. Deverá ser estudado como uma peça administrativa, de caráter investigatório, comprometido com a verdade dos fatos, reafirmando seu compromisso como instrumento hábil ao perfeito exercício da cidadania.

Por seu turno, a lei processual penal, em seu artigo 15, instituiu que a autoridade policial deveria, necessariamente, nomear curador ao indiciado menor, entendendo-se como tal o agente entre 18 e 21 anos de idade. Ocorre que, cotejando este dispositivo com a nova legislação civil e a Lei 11.340/2006, que institui a Defensoria Pública, esse dispositivo foi revogado e atualmente todo indiciado preso ou submetido a interrogatório pela autoridade policial terá direito a um advogado ou defensor público que irá acompanhar a formalização da

referida diligência. Assim, não mais existe a figura do indiciado menor. A lei que instituiu a Defensoria Pública reforçou a idéia de que os atos de polícia judiciária devem ser revestidos de todas as formalidades legais já existentes no âmbito do processo criminal. O garantismo, como princípio informador do processo penal, não se contenta com a observância dos direitos fundamentais apenas na fase processual. Seu compromisso vai além e alcança a fase pré-processual, ou seja, o inquérito policial. Para Saad (2004, p.205-206), o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele se exerce. Edgar Saavedra Rojas (apud SAAD, 2004, p. 224) aduz que “o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então uma defesa integral, contínua e unitária”.

4.4 A ausência do direito de defesa e suas conseqüências

Para a grande maioria dos juristas, formalmente a ausência do direito de defesa na fase policial gera simples e mera irregularidade. Por outro lado, materialmente suas conseqüências são demasiadamente funestas, tendo em vista que o bem sacrificado possui variados dimensionamentos, partindo da simples restrição de direitos alcançando a liberdade e o patrimônio da pessoa sob investigação. O tempo urge, a vida passa e os momentos vividos no cárcere jamais serão esquecidos, sequer recompensados. O cidadão acusado da prática de homicídio ou roubo, uma vez recolhido ao cárcere, independentemente da sua condição, culpado ou inocente, jamais perderá o rótulo de “assassino” ou “ladrão”. Portanto, a vigilância da autoridade policial no que tange à verdade dos fatos, aliada à tutela das garantias individuais, importará naquela mudança de paradigma já referida. Neste sentido, André Silva (2007) cita o jurista André Rovegno, que traça várias considerações acerca do inquérito policial, dentre elas:

- 1) A ação da polícia judiciária deve pautar-se sempre pela busca da verdade dos fatos;
- 2) A finalidade do inquérito policial não é servir de munição para a acusação, a finalidade é reconstruir a dinâmica dos fatos;
- 3) A paridade de armas, isto é, a igualdade entre defesa e acusação deve persistir durante toda a “persecutio criminis”, bem como o direito de requerer provas;
- 4) A atividade policial desempenhada através do inquérito policial é de natureza administrativa, porém, não pode ser desconsiderada nem descartada a possibilidade de alguns atos de polícia serem jurisdicionalizados, tais como os exames periciais, reprodução simulada dos fatos, buscas domiciliares, interceptações telefônicas e as quebras de sigilo.

Nesta linha de raciocínio algumas medidas poderiam ser implementadas no âmbito dos inquéritos policiais:

a) Na portaria inaugural, tratando-se de crime de autoria conhecida, a autoridade policial deverá determinar a expedição de notificação, mediante contrafé, informando ao indiciado de que contra a sua pessoa existe procedimento administrativo instaurado, facultando-lhe o direito de exercer a ampla defesa;

b) Tratando-se de inquérito policial de autoria desconhecida, a autoridade policial só irá expedir notificação ao investigado, dando-lhe ciência da existência do procedimento administrativo, quando surgirem indícios de autoria e materialidade do crime. Esta manifestação ocorrerá por meio de despacho interlocutório devidamente fundamentado, abrindo prazo ao investigado para que conheça as acusações e exerça o seu direito de defesa;

c) Tratando-se de oitiva de testemunhas, o indiciado poderá nomear advogado para acompanhar os depoimentos e posteriormente apresentar provas, testemunhais ou documentais, ou ainda fornecer informações que possam auxiliar a Polícia no descobrimento da verdade;

d) Tratando-se de auto de prisão em flagrante, o direito de defesa só será amplamente exercido se a autoridade policial conceder ao indiciado, no momento da sua prisão, o direito de constituir um advogado, pois todos os demais direitos e garantias serão, por consequência, obrigatoriamente observados. Independentemente da vontade do indiciado, tratando-se de prisão em flagrante, o fato deve ser levado ao conhecimento da Defensoria Pública ou de advogado dativo que possa acompanhar a legalidade dos atos de polícia judiciária;

e) Tratando-se de atos de polícia jurisdicionalizados, ou seja, atos de instrução, depois de efetuadas as diligências, a autoridade policial concederá livre acesso às provas produzidas;

f) Tratando-se de relatório final, a autoridade policial mencionará que todas as diligências e atos de polícia judiciária foram realizados dentro da legalidade e que todas as garantias foram observadas, inclusive o direito de defesa na fase pré-processual.

4.5 A responsabilidade da autoridade policial no despacho que determina a instauração do inquérito policial

O inquérito policial, após ser instaurado, independentemente da sua peça inaugural, ou seja, portaria, auto de prisão em flagrante, requisição judicial ou ministerial, representação

ou requerimento do ofendido ou seu representante legal, não poderá ser arquivado pela autoridade policial. Uma vez iniciado, não poderá ser arquivado sem passar pelo crivo do Ministério Público, fiscal da Lei. Se todas as diligências realizadas em seu bojo evidenciarem a inexistência de fato criminoso, ainda assim os autos deverão ser remetidos ao Poder Judiciário, que os encaminhará ao Ministério Público, titular da ação penal, que decidirá pelo pedido de arquivamento junto à autoridade judiciária.

Apesar do lapso temporal existente entre o legislador de 1941 e a carta constitucional de 1988, far-se-á necessário o cotejo de dois dispositivos. O Artigo 17, do CPP dispõe que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito” e o artigo 129, da Constituição Federal, dispõe que “são funções institucionais do Ministério Público: VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. Evidentemente, todos os inquéritos policiais instaurados deverão ser concluídos pela autoridade policial. O controle externo da polícia envolve a fiscalização na instauração, nas investigações e no desfecho dos inquéritos policiais. Estes dispositivos delimitam o poder discricionário da autoridade policial e o alcance do Ministério Público nas investigações.

A fiscalização exercida pelo Ministério Público permite que os fatos apurados através do inquérito policial ganhem contornos de legalidade e legitimidade, impedindo que autoridade policial exerça uma ilimitada discricionariedade no que tange à fiel apuração dos fatos e no esclarecimento da autoria dos crimes.

Ao tratar da prática policial, constata-se que a coleta de provas, dentre elas, a apreensão de objetos, a realização de exames periciais, e por vezes, a oitiva de vítimas, testemunhas e investigados, ocorre antes da instauração do inquérito policial. A polícia judiciária age cautelarmente no sentido de preservar os indícios existentes. A preservação desses indícios para a realização de exames periciais e a formalização de depoimentos constitui prática comum que auxilia na dinâmica atividade policial. O problema surgirá quando o investigado for submetido à investigação informal, sem que as suas garantias constitucionais estejam sendo observadas. Se as diligências forem realizadas sem as formalidades legais, convém que o ato seja refeito, sanando irregularidades, gerando confiabilidade à investigação criminal.

A autoridade policial poderá decidir de duas formas: uma negativa outra positiva: Nesta, verificando a existência de indícios de crime, salvo exceções, decide-se pela instauração do inquérito policial, iniciando-se a fase pré-processual, com a formalização dos atos de polícia judiciária e diligências que se referem à investigação criminal. A autoridade

policial examinará os fatos e as informações contidas nas peças formalizadas, cotejando e verificando informações, documentos apreendidos e depoimentos prestados em momento imediatamente posterior à ocorrência dos fatos. Naquela, inexistindo circunstância que aponte a existência de crime, decide-se pela não instauração do inquérito policial, promovendo o arquivamento do registro policial juntamente com as peças formalizadas, declinando a atipicidade do fato, as razões e os motivos da não instauração.

Caberá, no entanto, responsabilidade às autoridades policiais que decidirem pela não instauração de procedimento pré-processual quando existirem indícios da existência de crime, constituindo ofensa à lei o arquivamento das informações. Também será passível de apreciação judicial a conduta da autoridade policial que determina a instauração de inquérito policial para apuração de fato atípico, pois que poderá constituir ofensa à dignidade da pessoa humana.

4.6 - O sigilo no inquérito policial: necessidade ou conveniência?

Uma vez instaurado o inquérito policial, a nossa lei adjetiva penal tratou, em seu artigo 20, da sigilosidade do inquérito policial dispondo que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. A simples leitura desse artigo indicava que a autoridade policial deveria manter o inquérito sob sigilo, necessário à elucidação do fato ou ainda por interesse da sociedade.

As polícias civil e federal, juristas e doutrinadores interpretavam o dispositivo sob a ótica inquisitiva, entendendo que o sigilo do inquérito policial estaria relacionado ao segredo e não à garantia. Neste sentido, Rangel (2006, pág.95) entende, inclusive, que a sigilosidade atinge até o advogado do indiciado. Noutro sentido, importa uma releitura do citado dispositivo para que o estudo aqui encetado revele a sua importância sob a ótica garantista. O legislador de 1941, apesar de estar sob a égide do Estado Novo, foi extremamente cuidadoso ao tratar do sigilo no inquérito policial. O artigo 20, do CPP, menciona o sigilo: a) necessário à elucidação do fato; b) exigido pelo interesse social.

Com o advento da Constituição de 1988, que restaurou garantias individuais e recepcionou liberdades civis até então estranhas ao ordenamento jurídico, nasce a necessidade de uma releitura do dispositivo, com todas as suas antinomias e conseqüências no campo processual penal. A primeira refere-se ao sigilo necessário à elucidação dos fatos. Logicamente, este sigilo é indeclinável no que diz respeito à realização das investigações

policiais, pois o vazamento de informações compromete a atividade policial, prejudicando o esclarecimento do crime e o descobrimento da sua autoria. A segunda ressalva está relacionada ao interesse social. Neste sentido, o sigilo exigido pelo interesse social é aquele em que as investigações transcorram dentro da legalidade, sem ofender liberdades individuais. A dinâmica das investigações, a prisão dos envolvidos e a conclusão do inquérito policial não podem ser objetos da superexposição midiática, tão comum nos dias atuais. O interesse social, neste dispositivo, funciona abstratamente no sentido de que, independente do autor ou da espécie de delito, o sigilo deve ser mantido, evitando uma negativa repercussão no meio social, a ponto de colocar em risco a saúde ou a vida das pessoas sob investigação, sejam elas indiciados ou suspeitos, vítimas ou testemunhas. Neste tema convém mencionar a existência das antinomias.

A Constituição Federal de 1988, ao restaurar e recepcionar liberdades individuais, disciplinou em seu artigo 5º, e em vários outros incisos, que a pessoa sob investigação policial poderá ter acesso aos autos. Especificamente, no inciso LX, do artigo 5º, da CF, observa-se que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O sigilo do inquérito policial, disciplinado pelo artigo 20 do CPP, deveria e deve estar adstrito ao vazamento das informações acerca das investigações encetadas e ao risco de exposição das pessoas envolvidas nos fatos. Para tanto, Choukr (2006, 108) cita Bajer (1999) ao mencionar que “o segredo da investigação implica a inexistência de procedimento e de registro e, portanto, a ilicitude da procura do crime e da autoria”. Portanto, o sigilo policial jamais poderia estar relacionado à supressão das garantias individuais da pessoa sob investigação, sob pena de cerceamento do seu direito de defesa. E mais, o sigilo declinado pela lei processual penal está relacionado à divulgação das investigações pela polícia. Não está relacionado ao direito, indeclinável, de conhecer as acusações que lhe pesam, independentemente da sua condição de indiciado, investigado, averiguado ou simples suspeito. Portanto, o próprio Estado feria o sigilo do inquérito policial propugnado pelo artigo 20 do CPP. Preservava o sigilo necessário às investigações, em detrimento do sigilo exigido pelo interesse social “in abstracto”, pois expunha a pessoa sob investigação, atribuindo um ônus, sem que houvesse sequer condenação.

Numa interpretação garantista da Constituição Federal, observa-se que o parágrafo único do artigo 20, do CPP, ganhou reforço de legalidade. O artigo 5º, em seu inciso LVII, da CF, propugna que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Na verdade, no transcorrer de todos estes anos, o Estado agia como um

Estado Policial, encetando investigações às escondidas e impedindo o acesso do investigado e seu advogado aos autos de inquérito policial. Em seguida, execrava o investigado na mídia.

Para concluir, à luz do garantismo, quando se tratar de sigilo na fase policial, deve-se interpretá-lo como sigilo na realização de investigações e na sua divulgação, preservando a identidade e a imagem das pessoas envolvidas. E Bajer (1999) citado por Choukr (2006, 108) arremata que “embora o sigilo possa ser adequado para a descoberta do crime, e neste sentido uma tentação para aquele que o investiga, a Constituição prevalece sobre a conveniência circunstancial da medida extrema”. Portanto, reafirme-se que, nos dias atuais, as investigações feitas às escondidas e logo depois a superexposição midiática devem ser rechaçadas, sob pena de transformar o inquérito policial e a conseqüente ação penal em peças teatrais, menoscabando as garantias e liberdades individuais, indeclináveis, num Estado que se propõe ser chamado de Direito.

4.7 O pedido de diligências na fase policial

Por meio do artigo 14, do CPP, o legislador abriu a possibilidade de se exercer o direito de defesa no âmbito do inquérito policial, com o objetivo de se apurar a verdade dos fatos. Eis aqui o ponto nevrálgico de toda a discussão jurídica acerca da possibilidade do exercício do direito de defesa na fase policial. Este direito se manifesta no exato momento em que a autoridade policial diligencia no sentido de coletar informações que irão formar sua convicção acerca dos fatos. O referido dispositivo disciplina que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.” Convém observar que a norma processual aponta os vários personagens aptos ao requerimento de diligências. Interessa o indiciado que, se perceber que alguma diligência imprescindível ao perfeito esclarecimento dos fatos está sendo relevada, poderá requerer a sua realização, manifestando-se diretamente ou por meio de defensor.

Note-se que este dispositivo legal faz referência ao pedido de diligência por parte da vítima ou do indiciado, mas em sua parte final condiciona a sua formalização ao livre convencimento da autoridade policial, ou seja, a realização das diligências está condicionada ao poder discricionário do delegado de polícia. Neste caso surgem algumas situações que merecem ser suscitadas: a) quando as diligências forem requeridas pelo indiciado, ou ainda pelo seu defensor ou representante legal, a obrigação da autoridade policial é a de receber o requerimento e ponderar seus argumentos, isto é, não pode o delegado de polícia indeferi-lo

de pronto, sem fundamentar sua decisão, em que pese a discricionariedade da sua decisão. Portanto, se as diligências requeridas forem pertinentes, deverá realizar atos investigatórios neste sentido, sob pena de se ter cerceado o direito de defesa do indiciado. Verifica-se que o requerimento do indiciado ou seu representante legal contendo pedido de diligências poderá ser indeferido a juízo da autoridade policial quando contiver pedidos protelatórios e inúteis à conclusão dos fatos. O discricionarismo da autoridade policial será manifestado de forma fundamentada, passível de apreciação judicial o indeferimento sem a devida fundamentação. A decisão vincula-se aos motivos declinados. Neste sentido é salutar lembrar a “teoria dos motivos determinantes” descrita por Meirelles (1991, p.176), na qual os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, e o indiciamento e o pedido de diligências têm que ser motivados ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Estes motivos determinam e justificam a realização ou não do ato, e por isso, a necessidade da perfeita correspondência entre eles e a realidade. Neste sentido, o despacho da autoridade policial sempre será fundamentado. Em caso de indeferimento, o defensor pleiteará judicialmente, com base naqueles fundamentos, a realização das diligências requeridas no inquérito policial. O indeferimento da diligência sem que a autoridade policial mencione expressamente os seus motivos constitui irregularidade sanável judicialmente. A autoridade judiciária, verificando a viabilidade, a conveniência e a necessidade da diligência, requisitará sua realização à autoridade policial. Ainda que o inquérito policial, considerado por muitos juristas como um procedimento de natureza meramente informativa, e que os eventuais defeitos sejam considerados meras irregularidades, corrigíveis na fase processual, não se concebe que a defesa do indiciado seja cerceada na fase pré-processual por mero capricho da autoridade policial.

Portanto, a possibilidade de o indiciado requerer diligências no âmbito do inquérito policial é o cerne do direito de defesa na fase policial, cuja garantia já estava prevista desde 1941, portanto, amplamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas precariamente exercido por conta da equivocada interpretação jurídica dada ao artigo 14 do CPP. Para concluir, Choukr (2006, p. 125) aduz que o novo processo penal, inclusive a investigação criminal:

[...] acobertam explicitamente valores de garantia ao suspeito e alterando definitivamente papéis até então cristalizados, clama, por certo, por uma nova postura ética do órgão acusatório nessa etapa prévia, na medida em que, se a participação do investigado aparece limitada pela própria natureza da atividade que se desenvolve, deve o titular da investigação preservar também meios de provas que favoreçam àquele, tendo este compromisso assumido em muitos ordenamentos o ‘status’ de lei.

4.8 O ato de indiciamento e o relatório final do inquérito policial

O ato de indiciamento não pode ser visto como mera formalidade, mas como um ato de convencimento da autoridade policial quanto às diligências encetadas. No formal indiciamento, a autoridade policial considerará todos os elementos levados ao seu conhecimento, desde a coleta de declarações e depoimentos, até os laudos periciais e a apreensão de objetos e documentos que possuem relação com o crime sob investigação. O artigo 5º da Portaria DGP-18/98, da Polícia Civil de São Paulo, dispõe que “logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito”.

E não é só isso. O parágrafo único do dispositivo menciona que:

[...] o ato aludido deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e à classificação infracional atribuída ao fato.

Em outras palavras, o despacho interlocutório que determina o formal indiciamento, ato exclusivo da autoridade policial, para que alcance os seus efeitos legais, deverá ser exarado quando existirem provas contundentes de autoria e materialidade do delito. O dispositivo se refere às “provas objetivas e subjetivas colhidas no âmbito da investigação”, portanto, a produção deste conjunto probatório deve ser realizada à luz das garantias constitucionais. Choukr (2006, p.94) pondera que:

[...] os argumentos atinentes às características da atividade motivadora parece-nos menos importante do que abordar sua necessária presença em sede administrativa, especificamente no nosso campo de análise, a investigação criminal, pois a motivação das decisões, quer no âmbito jurisdicional, quer administrativo, exterioriza os valores invocados pelo órgão decisório, abrindo uma dupla possibilidade de controle do ato praticado.

E prossegue justificando que uma delas é a “possibilidade de revisão da decisão” e a outra é que a fundamentação “escapa dos limites subjetivos entre as partes, alcançando a coletividade como um todo”. Portanto, a mera formalidade assume um papel político relevante, pois o ato de indiciamento que olvida as exigências aqui elencadas aparta-se do mandamento legal. Conforme o artigo 14 da Portaria DGP-18 da SSP-SP: “a inobservância das normas constantes desta Portaria implicará responsabilidade administrativa ao servidor, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil e criminal, no que couber”.

Neste caso, a autoridade policial que decide pelo formal indiciamento deverá levar em consideração, especificamente, somente as provas carreadas aos autos, deixando de lado, a fama, os atos e as informações contidas em outras ocorrências ou inquéritos policiais.

Ao tratar do relatório final do inquérito policial, a lei adjetiva penal menciona que a autoridade policial deverá elaborar relatório acerca das diligências e investigações policiais formalizadas. Em seguida, os autos serão levados à autoridade judiciária competente. Nele, o delegado de polícia elencará todos os atos de polícia judiciária formalizados. A modernização do inquérito policial passa pela necessária referência aos atos de polícia judiciária em que foi possível e necessário conceder o direito de defesa ao investigado. Quando a autoridade policial elabora o relatório final declinando a realização de todas as investigações, o objetivo primordial é o de levar ao conhecimento do Ministério Público e, por via de consequência, à autoridade judiciária, em que circunstâncias as diligências foram realizadas. A materialidade delitiva será obtida por meio dos atos de polícia judiciária, ou seja, a juntada de provas indiciárias, realização de exames periciais, os depoimentos das testemunhas, as declarações das vítimas e o eventual interrogatório do indiciado. O inquérito policial vai modernizar e amoldar-se às exigências da Magna Carta, mantendo-se equidistante da acusação e da defesa, vinculando-se ao Poder Judiciário.

A doutrina majoritária, ao tratar do relatório do inquérito policial, menciona que a autoridade policial não pode emitir juízo de valor acerca das investigações encetadas e levadas ao inquérito policial, devendo limitar-se à prestação de informações sobre aquilo que foi apurado. O artigo 12, da Portaria DGP-18/98, da Polícia Civil de São Paulo, dispõe que:

[...] concluídas ou esgotadas as providências para esclarecimento do fato perquirido, suas circunstâncias e respectiva autoria, a autoridade policial fará minucioso relatório do que tiver sido apurado, detalhando os meios empregados e as diligências efetuadas, bem como as razões, de fato e de direito, que fundamentam o seu convencimento sobre o resultado das investigações.

Neste sentido, ainda que a autoridade policial não possa emitir juízos de valor, o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial e responsável pelas investigações, contribuirá decisivamente para a formação ou não da culpa do investigado. Portanto, a ponderação e a análise circunspeta das diligências, forma de execução das investigações, a reconhecimento dos fatos, a descrição do comportamento e do “animus” das partes, torna desnecessária a emissão de juízos de valor. Neste sentido, andou bem a doutrina, pois a autoridade policial que investiga e preside um procedimento, com contornos claramente inquisitivos, deve-se abster, ao máximo possível, de externar suas convicções ou

pressentimentos, ainda que acertados, afastando a parcialidade que pode colocar em dúvida a excelência da investigação.

O aparelho repressivo do Estado, por meio da Polícia Civil e da Federal, quando age desta forma, conquista o respeito jurídico necessário ao bom exercício das suas funções, mesmo porque o fim almejado pela polícia judiciária é alcançar a verdade dos fatos, ou seja, a verdade real, entendendo-se como tal aquela plausível, atingível, não utópica. O poder estatal, se exercido com responsabilidade, legitima a ação da polícia, permite ao Ministério Público decidir com mais tranqüilidade sobre a propositura da ação penal, e demonstra ao Poder Judiciário que a investigação criminal revestiu-se de legalidade.

4.9 A imprescindibilidade do inquérito policial

O legislador processual penal menciona que o inquérito policial deverá acompanhar a denúncia ou queixa quando servir de base a uma delas. Doutrinariamente, o inquérito policial é prescindível face à sua imprestabilidade como meio de prova, asseverando-se a possibilidade do oferecimento da denúncia ou queixa, independente da existência do inquérito policial. Para Lopes Jr. (2006, p.157):

[...] o inquérito policial desagrada à defesa, face ao seu caráter inquisitivo e a prepotência policial; aos juízes porque o material proporcionado é imprestável [como valor probatório ou como fonte de informação]; e desagrada ao Ministério Público com a demora, as deficiências e o descompasso.

Deve-se ir por partes. Notadamente desagrada à defesa porque o estudo do tema, desde a edição da lei adjetiva penal em 1941, procurou afastar o direito de defesa da investigação preliminar, em que pese o disposto no artigo 14 do CPP. O conformismo que pairou e permeou a atuação da defesa durante todos estes anos cessa com a nova carta política em 1988. Infelizmente, a existência de dispositivos constitucionais não foi suficiente para romper, na sua totalidade, o paradigma da impossibilidade do direito de defesa na fase policial. A polícia judiciária, mesmo sendo considerada como órgão auxiliar da magistratura, necessitou modernizar-se e adequar-se aos mandamentos constitucionais. A prepotência policial de outrora dá lugar à “polícia cidadã”.

Quando Lopes Jr. faz referência à insatisfação do Poder Judiciário em relação ao inquérito policial, mencionando tratar-se de prova imprestável, tanto como valor probatório ou como fonte de informações, demonstra ser necessário fazer um aparte. Afirmar que os

juízes consideram as provas produzidas na fase policial como imprestáveis faz nascer uma antinomia: se todas as provas produzidas na fase policial são imprestáveis, porque admiti-las como atos de instrução irrepitíveis, e não sendo atos de instrução, porque se repetem na fase processual? Melhor seria se não fossem sequer mencionadas. Ainda é antinômica porque, com o controle externo da polícia, cabe ao Ministério Público fiscalizar os atos de polícia judiciária, corrigindo e expurgando-os do ordenamento, e se assim não age, ao contrário, utiliza-os na maioria absoluta das denúncias, claro está que as provas são úteis. E mais, o STF já decidiu, no HC 72.5000, julgado em 09/05/2005, que “não há falta de justa causa para a ação penal, se a condenação se baseia não só em elementos informativos do inquérito policial, mas, também, em provas colhidas em juízo, com observância do contraditório”.

Claro está que, não pode, nem deve existir condenação com base apenas nas provas produzidas pela polícia, devendo seus atos serem repetidos na fase judicial, com a fiel observância do “due process of law” e seus corolários, a ampla defesa e o contraditório.

As provas produzidas na fase policial, com respaldo judicial, notadamente as diligências de busca e apreensão, quebras de sigilo bancário, telefônico e fiscal, bem como as prisões temporárias, que aliadas às diligências posteriores e aos exames periciais necessários, formam um conjunto probatório que permitem ao juiz julgar com isenção e livre convicção, e que à mínima suspeita de que esses atos foram formalizados ao arrepio da lei, deverão ser imediatamente retirados do processo, bem como as demais provas decorrentes, consubstanciando-se na “teoria dos frutos da árvore envenenada”, inviabilizando o decreto condenatório.

Noutro sentido, Lopes Jr. (2006, p.163) entende que “o inquérito policial serve ao titular da ação penal, de forma que, se ele já possuir suficiente informação para acusar, poderá fazê-lo sem necessidade de prévia investigação preliminar”.

Porém, convém observar que, apesar da sua alegada prescindibilidade, o inquérito policial é objeto primordial e responsável pelo embasamento da quase totalidade das denúncias oferecidas pelo Ministério Público. Poucos acusados, para não ser tão contundente, foram processados, julgados e condenados ou absolvidos, sem que tenha sido instaurado inquérito policial para apuração dos fatos e sua autoria. E Lopes Jr. (2006, p.164 e 157) insiste que:

[...] não só o inquérito policial é dispensável, senão que também é dispensável a atuação policial, ou em outras palavras, o MP pode prescindir da própria polícia judiciária, e que o modelo de investigação está em crise e não cumpre satisfatoriamente a sua função.

Neste sentido, outra ressalva: quando o Ministério Público dispensa a polícia judiciária, suprimem-se etapas, possibilitando a denúncia direta com a ausência de uma fase intermediária. Nunca é tarde lembrar que uma das preocupações do legislador de 1941 foi instituir um mecanismo de proteção ao cidadão, por meio do inquérito policial, tanto que a exposição de motivos leciona “ele (inquérito) é uma garantia contra apressados e errôneos juízos”, numa clara alusão às necessidades do cidadão e da sociedade, sob diferentes aspectos:

- a) Respeitar o princípio constitucional da inocência;
- b) Acabar com o sentimento de impunidade.

A prescindibilidade ou dispensabilidade do inquérito policial acarreta a “possibilidade legal da acusação de surpresa” (Lopes Jr. 2006, p.170), resultando na supressão da fase intermediária e a incosequente inobservância do direito de defesa e de todas as demais garantias constitucionais. O próprio Lopes Jr. (2006, p.170) constata: “a surpresa limita a defesa e gera o desequilíbrio entre as partes e pode prestar-se a fins espúrios, contribuindo para que o processo penal seja utilizado como instrumento de pressão e constrangimento”.

E o mesmo autor conclui que os riscos de se prosperar uma acusação infundada são elevados. Deprendendo-se, portanto, que a supressão da investigação criminal seria tão prejudicial que a sua inexistência transmitiria insegurança jurídica à nossa sociedade.

Neste tema, cessa a discussão acerca da imprescindibilidade do inquérito policial, o controle externo da polícia e sua subordinação ao Ministério Público, fiscal da lei. No transcorrer desta obra, fez-se referência de que, constitucionalmente, a polícia é responsável pela apuração das infrações penais e sua autoria, portanto, devendo subordinar-se ao Poder Judiciário na busca da verdade dos fatos, mantendo o equilíbrio da balança da justiça desde o início da persecução penal.

4.10 Da manutenção do inquérito policial

Baldan (2006) preceitua que:

[...] a investigação criminal, numa ótica garantista, deverá alicerçar-se sobre um tríptico fundamento, transformando o inquérito policial em instrumento hábil à defesa das garantias individuais na fase pré-processual. São eles: regulamento legal; instrumento adequado; e paridade de armas.

A investigação criminal se formaliza através da transformação de atos investigatórios em atos de polícia judiciária e, para tanto, a Constituição Federal determina a competência

para a condução das investigações, ou seja, a autoridade policial e seus agentes. Por sua vez, o Código de Processo Penal e a legislação extravagante disciplinam o funcionamento do inquérito policial, do termo circunstanciado e da sua relação com a ação penal.

Para complementar, ainda é necessário estabelecer a paridade de armas, ou seja, inserir o direito de defesa ainda na fase policial, equilibrando acusação e defesa, funcionando a polícia como ponto de apoio a dar equilíbrio ao poder judiciário. Convém ressaltar que, apesar de as legislações estrangeiras deixarem de lado a utilização do inquérito policial no âmbito da investigação criminal, nenhuma nação silencia acerca do direito de defesa nesta fase, porém, apenas o ordenamento jurídico nacional possui uma legislação própria, que ampara e flexibiliza o inquérito policial como instrumento preparatório da ação penal. Baldan (2006) cita Montesquieu, que sabiamente aduziu que “cada país tem suas particularidades, e exige que cada um deles tenha uma legislação própria”.

Ao tratar do direito de defesa na fase policial, ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida que “ninguém pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita”. Tucci (1993, p. 214) menciona que:

Essa revelação de fatos e de provas ao indiciado, essa acusação do seu crime é, também, uma garantia necessária da defesa que, não obstante, importa, naturalmente, ao menos na forma, uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusado.

Alcançada esta constatação a investigação criminal ganha a influência da “Constituição Cidadã” que estabelece uma série de garantias individuais à pessoa sujeita à investigação. Tanto é que em seu artigo 5º, inciso LV, descreve a possibilidade dos “acusados em geral” terem direito ao devido processo legal e seus corolários, o contraditório e a ampla defesa. Neste sentido, a doutrina italiana designou “justo processo legal”, deixando transparecer a idéia de justiça, muito mais abrangente do que o termo “devido”. Porém, o que nos chama a atenção é a necessidade e a possibilidade de o indivíduo poder exercer o seu direito de defesa em qualquer circunstância, sobretudo quando se refere à pessoa sob investigação [acusado, indiciado ou suspeito], merecedora desse direito, à qualquer tempo e em qualquer lugar.

Baldan (2006) assevera que a “supressão do direito de defesa” ao investigado, também denominado na fase policial de “acusado informalmente”, remete à folclórica comparação ao “saci-pererê”, ou seja, a perna existente é a acusação, e onde está a perna da defesa? Permite-se até concluir que “o moleque travesso das estórias infantis com duas pernas não teria graça!” Ao contrário, não há graça uma investigação criminal sem paridade de

armas. Aceitar denúncia contendo vícios anteriores, nascidos na fase investigativa, não apetece o jurista comprometido com as garantias individuais constitucionalmente asseguradas, sob o argumento de que esses vícios serão sanados na fase processual. A Lei 11.690/2008 modificou os artigos relacionados à prova, alterando em específico o artigo 157 do CPP, impossibilitando a aceitação de provas ilícitas, inclusive aquelas obtidas por derivação.

Desta forma, se fossem indagados: a) o procedimento administrativo [investigativo] obedeceu ao regramento legal [mandamentos constitucionais]? b) Houve paridade de armas? c) A investigação levou em consideração apenas as provas obtidas lícitamente? pois bem, a resposta negativa a uma só destas perguntas nos remete à idéia de que existiu um procedimento administrativo ilegal, portanto inadmissível. Baldan (2006), em palestra ministrada no 12º Seminário Internacional do IBCCRIM, citando Carneluti, menciona que “o procedimento investigativo é semelhante a uma roda multicolorida que ao girar produz a luz”. A mitigação do artigo 14 do CPP deve ser superada, abrindo espaço para uma nova forma de interpretação, levando em consideração nosso estado democrático de direito.

O compromisso jurídico na investigação criminal, exclusivamente quando se refere ao inquérito policial, deve ser a busca da verdade, produzindo informações e resultados para as partes que mais tarde irão enfrentar-se no processo, bem como àquele que funciona como fiel da balança, o juiz. Entendendo-se como verdade não aquela dita real, mas a verdade atingível, possível, alcançável, tangível. Desta forma, o inquérito policial subsidia a acusação no oferecimento da denúncia e no transcorrer do processo, mas também serve à defesa e, por derradeiro, fornece elementos ao juiz, que analisa o comportamento e a personalidade do agente, dosa a pena, condena ou absolve.

Saad (2006), em palestra ministrada no 12º Seminário Internacional do IBCCRIM (2006), no mesmo sentido dos ensinamentos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, assevera ser cabível o direito de defesa na fase policial, contrapondo-se aos ensinamentos de José Frederico Marques, traçados desde a década de 50 do século passado, que conceituava inquérito policial como peça administrativa de natureza meramente informativa e, portanto, incabível o direito de defesa na fase policial, sob o argumento de que não seria possível à defesa “estar colada” à autoridade policial no transcorrer das investigações, pois não há acusação, tampouco defesa, portanto, não há necessidade de se defender. Expressava-se restritivamente José Frederico Marques ao mencionar que o inquérito policial comportava tão somente atos investigativos, portanto, fora da fase processual. Ainda conservador, neste sentido manifestou o STF no HC n.68.041, HC n.73.037 e HC n.77.770.

Por outro lado, quando Joaquim Canuto Mendes de Almeida expressava-se no sentido de que o inquérito policial, apesar de ser visto como peça informativa e pré-processual, comportava atos investigatórios, e também atos de instrução, processuais, irrepetíveis na fase judicial, e cita como exemplos, as buscas e apreensões e os exames periciais. Modernamente também se observam outros atos irrepetíveis, tais como as interceptações telefônicas, quebra de sigilos bancários, fiscais e telefônicos. E mais, quando o juiz recebe a denúncia, embasada nas provas colhidas através de inquérito policial, todos os seus atos se judicializam, transformando em prova aquilo que era apenas indício. Portanto, a observância das garantias individuais nas investigações criminais, no bojo do inquérito policial, além de indispensável é salutar, tanto é, que Sérgio Pitombo (1997, p.11), em artigo intitulado *Mais de cento e vinte anos de inquérito policial: perspectivas para o futuro*, asseverou que o inquérito policial necessitava da inserção de dois temas reciprocamente dependentes: “a concretização do direito de defesa na fase policial e o conseqüente despacho de indiciamento devidamente fundamentado”. Neste sentido, no Estado de São Paulo, a Delegacia Geral de Polícia instituiu a Portaria DGP-18, de 25 de novembro de 1998, que, em seu artigo 8º, dispõe que “o indiciado será interrogado e o ofendido será reperguntado, com observância das garantias constitucionais”. E mais, no artigo 5º, do mesmo diploma, o legislador impõe que:

[...] logo que reúna no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo dactiloscópico.

Quando se tratar de peça coercitiva, o artigo 7º desta portaria ainda exige que, na lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deverá “constar, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los”.

No parágrafo 2º, a norma exige que a autoridade policial deverá “fundamentar autonomamente, expondo as razões fáticas e jurídicas do seu convencimento”. Portanto, o estudo aprofundado da investigação criminal, sobretudo o seu instrumento, o inquérito policial, no qual são juntadas todas as informações [relatórios, documentos, peças, requerimentos, representações, laudos periciais, depoimentos, declarações e interrogatório] necessárias ao perfeito esclarecimento dos fatos, exigirá uma visitação a Constituição Federal, adequando a realidade policial aos mandamentos constitucionais.

As disposições constantes no Código de Processo Penal e na legislação extravagante deverão ser interpretadas à luz da Constituição Federal e suas garantias partindo da norma fundamental em direção à legislação ordinária, até alcançar os fatos e o indivíduo sob investigação. Neste sentido, convém recordar que todas as nossas empreitadas focaram um único sentido, qual seja, interpretar as normas processuais penais adequando-as a uma nova realidade, de forma que essas normas sejam recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

A jornada não será fácil porque uma nova interpretação importará uma mudança de paradigma na medida em que, no processo penal, a maioria dos juristas considera o indiciado como mero “objeto da investigação”, porquanto deveriam tê-lo como “sujeito de direitos”, detentor de garantias constitucionais irrenunciáveis.

CONCLUSÃO

Depreende-se, pela leitura dos dispositivos processuais penais e do trabalho interpretativo expendido até o presente momento, a necessidade da manutenção do inquérito policial sob o domínio exclusivo da autoridade policial. Importará, porém, algumas mudanças estruturais, sobretudo quando se leva em consideração o respeito às garantias individuais no Estado democrático de direito. As mudanças entendidas como necessárias permeiam esta produção científica, mas convém lembrá-las:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade passa à categoria de direito público indisponível, protegendo-a em toda a sua extensão, sem perda do seu caráter personalíssimo. O sistema processual pátrio estruturou-se no sentido de que a liberdade do seu titular possa ressurgir, seja por meio da defesa oficial, seja por instrumentos processuais aptos a recuperá-la quando restringida ou suprimida.

O direito de defesa na fase policial também encontra amparo constitucional, conforme preleciona o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Parte da doutrina considera o inquérito policial como procedimento administrativo, asseverando que as normas têm a mesma aplicabilidade, tanto para o processo quanto para o procedimento administrativo. Quando a norma constitucional menciona “acusados”, significa que toda e qualquer pessoa que for acusada, criminal ou administrativamente, tem direito à ampla defesa e ao contraditório.

Antes que se façam modificações dos textos processual penal e constitucional, exigem-se mudanças na forma de investigar e na formalização das diligências que serão levadas ao inquérito policial. Tratar e conceituar o inquérito policial como procedimento administrativo de natureza meramente informativa é retirar do investigado a possibilidade de exercer o seu direito de defesa. O inquérito policial é instrumento hábil ao “descobrimento da verdade”, a verdade material, coletando provas que permitam acusar, condenar ou inocentar o investigado. Nesse sentido, exige-se uma mudança paradigmática, na qual o indiciado deixa de ser objeto da investigação para ser alçado à categoria de sujeitos de direitos, nos moldes preconizados pela Constituição Federal. O Estado, por meio do seu aparelho repressivo, esforça-se para apurar os crimes e esclarecer sua autoria, pautando e agindo no interesse da sociedade, deixando para segundo plano as liberdades civis. Considerado procedimento

administrativo pré-processual para Rangel e Lopes Jr. “apesar de não requerer formalidades especiais, é no inquérito policial que nascem as provas que irão alimentar o processo crime. As provas lá produzidas, apesar de contestáveis, não se reproduzem”. Mesmo tendo natureza apenas informativa, as investigações policiais permitem à autoridade policial reconstruir a dinâmica dos fatos, apontando a autoria do delito. Essas peças de informação serão utilizadas pela autoridade judiciária como princípio norteador das suas decisões.

E mais, juristas e doutrinadores deverão dispensar especial tratamento a uma nova disciplina denominada “direito de segurança pública”, ou conforme Ferrajoli, “direito policialesco”. Ressalta-se a importância do seu estudo inserido no Estado democrático de direito e todas as suas nuances. Exige-se, também, uma mudança no comportamento e na conduta da autoridade policial comprometida com as instituições democráticas de direito. A visão desse profissional do Direito, que preside o inquérito e conduz as investigações, deve ser garantista. Garantismo, neste ponto, implica o respeito às garantias constitucionais da pessoa submetida à investigação policial. A atuação da autoridade policial [os fatos investigados, a condução das diligências, a prisão e a soltura de pessoas, devem obedecer ao princípio da legalidade] e o dever de motivar como requisito de validade das decisões é garantia de controle da integração da decisão e de todo ordenamento jurídico. O caráter formal do inquérito policial, a produção das peças de polícia judiciária deverão conter o viés garantista, com a inserção do direito de defesa na fase policial, desde a portaria inaugural, passando pelos despachos interlocutórios, até alcançar o relatório final.

Atribuir desvalor ao inquérito policial é perder a oportunidade de se defender, acusar e julgar eficazmente. Mitigar a sua importância causa prejuízo à sociedade. Produzir investigações policiais, permitindo-se o direito de defesa desde o seu início, corrobora e robustece a produção de provas. Neste sentido, o direito de defesa é atemporal, ou seja, deve ser admitido o tempo todo, desde a fase preliminar da “persecutio criminis”, ou seja, a indisponibilidade do direito público de liberdade, retroprojeta-se até a fase pré-processual. Indaga-se: Se assim não for, como justificar punição de pessoas submetidas à investigação preliminar que nasceram de flagrantes ilegalidades? Não é possível constranger o acusado ao conformismo. E mais, a lei oferece meios para reexame da decisão em sede policial, modificando, anulando ou revogando atos da autoridade policial. O advogado não pode, nem deve, renunciar ao seu direito incontestável de fazer ou produzir provas na fase policial. Este compromisso deve ser o princípio fundamental do inquérito policial. De outro lado, um procedimento administrativo justo permite ao Ministério Público ter amplo conhecimento dos fatos, viabilizando a propositura da ação penal. Também permite à autoridade judiciária

alcançar e fundamentar decisões, ainda que não as possa utilizar, exclusivamente, numa sentença.

Quanto à produção de provas, o direito norte-americano, ao tratar da prova ilícita, refere-se à teoria dos frutos da árvore envenenada [the fruits of poisonous tree], que considera nulo todos os atos dela decorrentes. Neste sentido, o amadurecimento do direito de defesa na fase policial e a sua destacada importância como um dos pilares garantistas no estado democrático de direito induzem à construção do mesmo raciocínio, ou seja, as provas produzidas com base em atos e diligências realizadas sem que fosse concedido o direito de defesa ao investigado constitui cerceamento de defesa e, por consequência, todos os atos decorrentes deste cerceamento devem ser considerados nulos, ou no mínimo, anuláveis.

Conforme nossa Constituição Federal, a investigação criminal é atribuição exclusiva da polícia judiciária [civil ou federal] e assim deve permanecer como forma de proteger o “status dignitatis” da pessoa submetida à investigação. Vincular a atuação da polícia judiciária à magistratura mantém o equilíbrio desde o início da “persecutio criminis”, ou seja, tanto na investigação quanto na formalização dos atos de polícia judiciária, preservando a paridade de armas e refutando a coleta seletiva de provas.

Dedicar tratamento político às autoridades policiais, semelhante ao tratamento dispensado aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, mencionando a necessidade de se reconhecer a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade, como forma de evitar pressões e interferências políticas na atividade policial. A independência funcional das autoridades policiais garante e preserva a imagem do inquérito policial e, por consequência, legitima a “persecutio criminis in iudicio”.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: EDUFMG, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARISTÓTELES. **Vida e obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmen, 2002.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. **Direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva, 1952, (I/115)
- BALDAN, Édson Luiz. Direito de defesa na fase policial. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, 12, 2006, **Anais...** São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- _____. **Fim do sigilo: inquérito policial deve garantir direito de defesa**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2006.
- _____. Jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n.159, 2006.
- BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, prática e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. elet, 1996. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/>>. Acesso em 20 fev. 2009.
- BÍBLIA Sagrada**. Tradução de Frei José Pedreira de Castro. 167. ed. São Paulo: Ave Maria, 2005.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Igualdade e liberdade**, Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- _____. **Código penal, código de processo penal, legislação penal e processual penal, constituição federal**. Org. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT. 2008, p.342-343.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Discurso na Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988**. Brasília:1988.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ética, moral e direito: uma abordagem sobre a delação premiada no sistema penal brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 6, 31/08/2001. Disponível em: < <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5438>. Acesso em 13 abr. 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Lisboa – Portugal: Almedina, 1998.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo; DEPAOLI, Sólton Bitencourt. Porque o juiz não pode produzir provas: a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei 11.690/2008). **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 190, set. 2008, p.06.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COSTA, José Eduardo. Quando o ministério público é bom e quando fica incômodo. **Jornal do Dia**, Sergipe. 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.jornaldodiase.com.br>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9. ed. Curitiba: Hemus Editora, 2000.

DESGUALDO, Marco Antônio. **Reconhecimento visuográfica e a lógica na investigação Criminal**. São Paulo, 2006, p.11. Disponível em: <<http://www.investigadordepolicia.blog.br/wp-content/uploads/2008/11/recognicaovisuografica.pdf>> . Acesso em: 13 abr. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 1997.

DOTTI, René Ariel. **11º seminário internacional do IBCCRIM**, São Paulo, 2006.

FARIAS, Edilson. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem X a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MORAES, Maurício Zanoide; ALMEIDA, José Raul Gavião de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Juarez Tavarez, Ana Paula Zommer, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan Coukr. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso do deputado Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição Federal de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: <<http://diap.ps5.com.br/file/2070.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

HOBBS, Thomas. **Vida e obra: grandes pensadores**. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Traduzido por Richard Paul Neto. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

LUMET, Sidney. **Inspeção geral** [Strip search]. Produção de Sidney Lumet. EUA: HBO, 2004. DVD, 89min: son, color. Legendado. Port.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Milenium, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 1989.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 1996.

MONET, Jean-Claude. **Polícias e sociedades na Europa**: livro 3 da série “Polícia e Sociedade”. São Paulo: NEV-Edusp, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.13, p. 216-226, jan./mar. 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Portugal: Almedina, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **XV Conferência Nacional da OAB**. [s.l.], 1994.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa, repercussão, amplitude e limites**: São Paulo: RT, 2001.

- PEREIRA, Alexandre Demetrius. Lei de proteção: às testemunhas ou aos criminosos? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1004>>. Acesso em: 13 abr. 2009.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 83, out. 1999.
- PLATÃO. **Vida e obra: grandes pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal**. São Paulo: Malheiros. 2005.
- POZZOLI, Lafayette. **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e Político**. São Paulo: Loyola, 2001.
- PRADO, Geraldo. **Revista do IBCCRIM**, São Paulo. 2006.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RESENDE, Astolfo. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **O juiz e o complexo de Nicholas Marshall**. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2009.
- ROSA, Inocêncio Borges. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Globo. 1942.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1971.
- ROVEGNO, André. **O Inquérito Policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas: Editora Bookseller, 1ªed., 2005.
- ROVEGNO, André. **Um remédio equivocado para um diagnóstico correto**. São Paulo: Informativo ADPESP, 2005.
- SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Exercício do direito de defesa no inquérito policial. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 166, set. 2006.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 14 abr. 2009.
- SÃO PAULO, Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Resolução 26/2001. São Paulo: IMESP. 2001.

SILVA, André Ricardo Dias da. O Princípio do contraditório no Inquérito Policial. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 4, n. 190. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1476>> Acesso em: 15 fev. 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. _____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Ministério público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERAS, Ricardo Regis de Oliveira. **Um estudo sobre a introdução à ciência do direito**. Disponível em <<http://www.apriori.com.br/>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros, 2006.

WEBER, Max. Política como Vocaçào. In: _____. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982.

ZACARIOTTO, José Pedro. **A portaria DGP-18/98 e a polícia judiciária democrática**. São Paulo: RT, nov. 1999.

_____. A autoridade policial, o estado democrático de direito e o direito constitucionalmente assegurado ao preso de ser assistido por advogado. **Arquivos da Polícia Civil – Revista técnico-científica I**, São Paulo, v. 49, 2006.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. São Paulo: FGV. 2004.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.