

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

ANTONIO JOSÉ FERNANDES VIEIRA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA
2006

ANTONIO JOSÉ FENANDES VIEIRA

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, para a obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira

MARÍLIA
2006

ANTONIO JOSÉ FERNANDES VIEIRA

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

Resultado:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira

1º EXAMINADOR: Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Marília, 25 de agosto de 2006.

A *Nely*, por me amar
e a *Pedro Antonio* e *Maria Eduarda*, por existirem.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Antonio e Maria, orientadores de vida.

Ao Professor Doutor Gilberto Giacoia, orientador de parte desta pesquisa.

Ao Professor Doutor Oscar Vilhena Vieira, pela orientação e por me ajudar a compreender o quanto é difícil ponderar entre valores fundamentais reconhecidos por nossa Constituição.

Aos Professores Doutores Norma Sueli Padilha e Wagner Ginoti Pires, pelas luzes na conclusão deste trabalho.

À Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, pelo incentivo.

Contra a Pátria não há direitos.
Frase escrita na entrada do prédio do
Departamento de Investigações da
Polícia Civil de São Paulo, pós-64.

*Quem sacrifica a liberdade
em nome da segurança,
não merece a liberdade
nem a segurança.*
BENJAMIN FRANKLIN

VIEIRA, Antonio José Fernandes. **A investigação criminal na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2006. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMO

Este trabalho enfoca a investigação criminal com uma óptica garantista, colocando a dignidade da pessoa humana como ponto reitor da persecução penal prévia. Não foge das imperfeições do sistema de investigação brasileiro, mas, ainda assim, o considera como o que melhor se ajusta ao modelo acusatório. Critica o discurso de emergência que tem sido o principal vetor das inovações legislativas que se relacionam com a investigação criminal. Entende que o inquérito policial é o instrumento de ponderação entre o interesse público de desvendar um delito e os direitos do indivíduo sob o qual recaia a investigação, competindo ao inquérito policial, principalmente, resguardar a dignidade do investigado. Reconhece que a Constituição de 1988 deu novo *status* ao investigado, atribuindo-lhe a condição de sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, o que implica permitir que o investigado tenha participação ativa na persecução prévia, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Dignidade humana. Garantismo. Inquérito policial. Direitos dos investigado.

VIEIRA, Antonio José Fernandes. **A investigação criminal na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2006. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

ABSTRACT

This work it focuses the criminal investigation within a guarantees optic, placing the dignity of the human being as the central point of the previous penal prosecution. It is not free of the imperfections of the Brazilian Investigation System, but even so it is considered to be the one that best adjusts itself to the accusation model. It criticizes the emergency speech that has been the main vector of the legislative innovations related to the criminal investigation. It is understood that the police inquiry is the pondering instrument between the public interest to solve a crime and the rights of the police inquiry, mainly, to protect the dignity of the suspect under investigation. It recognizes that the 1988 Constitution gave a new status to the suspect under investigation, giving him the condition of subject of rights and not of mere object of investigation, which means that the suspect is allowed and has active participation in the previous prosecution, to honor the principles of the contradictory and ample defense.

Keywords: Criminal Investigation, Human Dignity, Guarantees, Police Inquiry, Rights of the subject under investigation.

VIEIRA, Antonio José Fernandes. **A investigação criminal na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2006. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMEN

Ese trabajo enfoca la investigación criminal con una óptica garante, colocando la dignidad de la persona humana como punto director de la persecución penal previa. No huye de las imperfecciones del sistema de investigación brasileño, pero aún así lo considera como el que mejor se ajusta al modelo acusatorio. Critica el discurso de emergencia que ha sido el principal vector de las innovaciones legislativas que se relacionan con la investigación criminal. Entiende que la averiguación policial es el instrumento de ponderación entre el interés público de desvendar un delito y los derechos del individuo bajo el que recae la investigación, compitiendo a la averiguación policial, principalmente, resguardar la dignidad del investigado. Reconoce que la Constitución de 1988 dio nuevo status al investigado, atribuyéndole la condición de sujeto de derechos y no mero objeto de investigación, lo que implica en permitir que el investigado tenga participación activa en la persecución previa, en homenaje a los principios del contradictorio y de la amplia defensa.

Palabras-clave: Investigación Criminal, Dignidad Humana, Garantías, Averiguación Policial, Derechos del Investigado.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	14
1.1 Sistemas de investigação criminal.....	16
1.2 Investigação criminal no Brasil – inquérito policial como sinônimo de investigação.....	23
1.3 O problema da tortura na investigação.....	29
CAPÍTULO 2 – CONFLITO ENTRE INVESTIGAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
2.1 Garantismo.....	41
2.2 Direito à segurança.....	52
2.3 Combate à criminalidade e a crise no processo penal.....	57
CAPÍTULO 3 – O INVESTIGADO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....	68
3.1 Limites constitucionais à investigação.....	71
3.2 Ponderação dos princípios constitucionais.....	87
3.3 Direitos constitucionais do investigado.....	96
3.4 Contraditório na investigação.....	104
3.5 Direito a não ser indiciado.....	108
3.6 O investigador natural.....	111
3.7 Limitação temporal da investigação.....	116
3.8 Observações sobre o projeto de lei que trata da reforma da investigação criminal.....	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS.....	126
ANEXO.....	138

INTRODUÇÃO

Este é um trabalho que se propõe a apresentar a investigação criminal como um instrumento a serviço da cidadania, dentro da concepção de um processo penal racional, que tem por finalidade regular o mais primitivo dos poderes do Estado, que é o poder de punir.

O extenso catálogo de direitos fundamentais reconhecido pela Constituição de 1988 repercutiu na investigação criminal, até porque a Constituição foi um “documento reativo tanto a um passado imediato, marcado pelo arbítrio e pela violência de Estado, quanto a uma história mais longa de desigualdade e de hierarquização que permeia a sociedade brasileira” (VIEIRA, 2006, p. 11).

Esse passado de arbítrio teve como uma de suas características o uso da Polícia para o combate de ideologias, o que trouxe, como consequência, em razão do desprezo aos direitos fundamentais, a perda de credibilidade das investigações criminais e de sua espécie mais conhecida, o inquérito policial. Perda de credibilidade que persiste até hoje, grande parte por culpa da própria Polícia, uma vez que mesmo alguns de seus membros ainda não compreenderam a nova ordem instalada com a Constituição de 1998. Encararam a Constituição e suas garantias como entraves à investigação criminal. Procurou-se, então, adequá-la à ordem pré-existente, e não o inverso, como seria o correto.

Os cultores do direito também têm sua parcela de culpa, pois, conforme bem diz Ferrajoli (2002, p.616/617), “o direito de polícia, porque

direito inferior, ou pior, não direito, representa talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos”. É essa falta de estudo um dos fatores que alimentam a falsa crença de que a criminalidade somente será reduzida com a definição de novos tipos penais, com o agravamento das penas e com a supressão das garantias do acusado. Surgem, então, leis que não atenuam em nada os índices criminológicos, pois desprezam a antiga lição de Beccaria (1997), de que o que gera a vontade de praticar o delito não é o fato de a pena ser mais ou menos cruel, mas sim a certeza da impunidade.

A escalada da criminalidade, com o surgimento de organizações criminosas transnacionais, algumas com até mesmo motivação política, torna imprescindível a criação de modernos instrumentos repressores. O problema é que a maioria das idéias surgidas nesse sentido leva a um estado policial, ou então, a uma sociedade extremamente vigiada, que somente George Orwell¹ poderia imaginar.

Investigar com eficiência e respeitar o indivíduo além de possível é uma imposição do estado de direito. Nesse sentido, é necessário garantir que o investigado possa participar, ainda que de maneira moderada, da investigação, pois nela são abrigados, também, atos de instrução criminal, alguns inclusive de caráter definitivo.

Urge, também, romper com o atual paradigma das investigações criminais que ainda hoje partem do criminoso para o crime, numa lógica errada que prioriza a confissão. É essa a razão pela qual a tortura, há muito

¹ George Orwell (1975) em obra ficcional previa que no ano de 1984, a Inglaterra se tornaria uma sociedade na qual todos os indivíduos, em prol da segurança, seriam vigiados ininterruptamente por câmeras.

banida formalmente, continua a, de fato, ser utilizada como instrumento de investigação.

Propõe-se, como o estudo, analisar a investigação criminal sob o enfoque dos direitos fundamentais, buscando demonstrar que, ao contrário do senso comum, não são inconciliáveis, mas sim inseparáveis. Encarar o investigado como sujeito de direitos e não como simples objeto da investigação é o desafio que se propõe. Só assim a investigação criminal deixará de ser instrumento de opressão e terá ressaltada a sua maior virtude, que é de “preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam” (MENDES DE ALMEIDA, 1973, p. 17).

Como esse escopo o trabalho foi dividido em três partes, organizadas em forma de capítulos, aos quais seguem as considerações finais.

No primeiro capítulo, são feitas considerações sobre os diversos sistemas de investigação criminal evidenciando virtudes e defeitos de cada um deles, para, em seguida, focar a investigação criminal no Brasil, sem fugir do problema ocasionado pelo uso da tortura durante a investigação.

O segundo capítulo trata dos conflitos surgidos, quando o interesse de desvendamento de um delito entra em colisão com direitos fundamentais do investigado. Nele são enfocados temas ainda pouco compreendidos que parecem antagônicos, como, por exemplo, o garantismo e o direito à segurança.

Já o terceiro capítulo é dedicado ao rompimento do antigo paradigma que considera o investigado como mero objeto da investigação. Isto é feito

pela explicitação dos principais direitos do investigado, os quais, por consequência impõem limites à investigação.

Por fim, o presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, além de análise de jurisprudência.

CAPÍTULO 1

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O processo penal, sem dúvida, é uma conquista da humanidade, pois “de nada adianta alguém confessar um crime e postar-se diante da cadeia para cumprir a pena que acredita merecer” (BAJER, 2002, p. 09-10). O processo deve ocorrer sempre e, mesmo que haja confissão, o acusado pode ser absolvido.

A concentração do poder de punir nas mãos do Estado implicou o correlato monopólio da administração desse poder punitivo, o que é feito pelo processo penal, que nada mais é que o resultado da composição entre segurança e justiça. Enquanto o direito penal, através da ameaça de imposição de pena aos atos por ele considerados ilícitos, protege a paz, o processo penal protege os acusados do cometimento de infrações penais, impedindo o arbítrio das autoridades processantes, pela imposição de normas que regulamentam os processos instaurados para a apuração dos delitos (TUCCI, 2002).

Ocorre que o processo penal, apesar de sua função garantista², é também carregado de simbolismos constituindo-se em sanção negativa em si mesmo. Em outras palavras, o processo é a primeira pena sofrida pelo indivíduo. Não é à toa que afirmam que o indivíduo sofre e padece no processo penal (SAAD, 2004).

² A doutrina garantista que pode ser concebida como um movimento de bases filosóficas, que tem por fundamento a proteção e garantia dos direitos fundamentais, tomou forma com os ensinamentos de Luigi Ferrajoli e será adiante estudada.

Dissertando a esse respeito, Aury Lopes Júnior (2001, p. 50) afirma que:

O termo *estigmatizar* encontra sua origem etimológica no latim *stigma*, que alude à marca feita com ferro candente, o sinal da infâmia, que foi, com a evolução da humanidade, sendo substituída por diferentes instrumentos de marcação. O processo penal em geral e a acusação formal em especial são hoje manifestações da infâmia, tendo sido o ferro candente substituído pela denúncia ou queixa abusiva e infundada.

Nisto reside a importância da investigação criminal que tem a função de filtro processual, impedindo o prosperar de acusações infundadas. Obviamente, a investigação criminal também traz uma carga de aflição ao investigado, em razão da ameaça da imposição de uma pena, só que em grau menos elevado da que é infligida ao acusado no processo penal. Assim, é a investigação criminal que permite “reduzir ao máximo o risco relativo ao sofrimento injusto derivado de erros” (MENDRONI, 2002, p. 277).

Outra importante função da investigação criminal é contribuir para a paz e tranquilidade social, na medida em que, ao transmitir a certeza de que todas as condutas criminosas serão objeto de investigação, não só inibe a tentação de fazer justiça pelas próprias mãos, como também evita as práticas de novas infrações penais.

À investigação criminal imputa-se ainda uma função acautelatória “isso porque os vestígios do delito tendem a desaparecer, surgindo então a necessidade de mecanismo que acautele os meios de prova, às vezes inadiáveis ou intransponíveis” (SAAD, 2004, p. 24). Essa função da investigação criminal consubstancia-se na realização de exames nos locais de crime, na apreensão de provas da infração, nas medidas patrimoniais que a

visam garantir o ressarcimento dos prejuízos causados pelo delito e na prisão cautelar, que é admissível quando a liberdade do autor do delito representar perigo para o normal desenvolvimento do processo.

1.1 Sistemas de investigação criminal

Antes de estudar os sistemas de investigação criminal é preciso analisar, ainda que superficialmente, a clássica divisão de sistemas processuais, os quais são: inquisitivo, acusatório e misto.

O sistema inquisitivo encontra suas origens no Império Romano, no procedimento adotado para apurar os crimes de lesa-majestade: eis que competia ao Imperador não só a apuração desses delitos, através de uma investigação secreta, como também o seu julgamento. Traço característico desse sistema, que ganhou corpo na Idade Média, com os processos eclesiásticos para os delitos de heresia e magia, generalizando-se, em seguida para todo o tipo de crime, é que o mesmo órgão judicial, por sua própria conta, dava início a uma investigação, oferecia como queria a acusação e finalmente realizava o julgamento (MENDRONI, 2002).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 454) tece severas críticas ao processo inquisitório afirmando que ele fez “da doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores”, em razão da multiplicidade de formalidades e das recorrentes práticas de tortura³.

³ Marcelo Batlouni Mendroni (2002, p. 06), citando Velez Mariconde traz as principais características do “Tribunal Inquisidor” instituído pelo direito canônico, que também serviram de base para a difusão do sistema inquisitivo em outros países do continente europeu, as quais são: 1) Bastava o rumor público para se iniciar um

Com origens na Grécia, onde a acusação pertencia a todos os cidadãos, o sistema acusatório é basicamente marcado pela separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como pela publicidade dos atos processuais, observância do contraditório, paridade de direitos entre acusação e imputado e impossibilidade do juiz iniciar o processo.

No tocante à investigação, é interessante mencionar que, com a adoção do sistema acusatório, de início, só se investigava a autoria e materialidade depois que fosse feita acusação. No entanto, com o decurso do tempo, a investigação passou a ser realizada antes da propositura da ação penal, ou seja, antes da acusação, servindo de instrumento coligidor de elementos necessários e indispensáveis a sua efetivação (PEREIRA, 2003).

Já o sistema misto é formado pela junção dos sistemas inquisitivo e acusatório, tendo a prevalência inquisitória na primeira fase, a qual é caracterizada pela utilização de procedimentos escritos e secretos, pelo domínio da acusação pública e ausência de participação do investigado. O viés acusatório se dá na fase seguinte que é a dos debates, caracterizados pelo contraditório público e oral entre a acusação e defesa. Verdadeiro monstro, de origem napoleônica, o sistema misto deu caráter de verdadeiro

processo; 2) Abolida a acusação e a publicidade do processo, o Juiz atuava de ofício e em secreto, assentando por escrito as declarações testemunhais. Ainda que as declarações fossem notificadas posteriormente ao réu, ainda se lhes ocultava o nome das testemunhas; 3) O Juiz abandonava sua posição de árbitro e assumia a ativa de inquisidor, atuando desde o primeiro momento também como acusador, é dizer, se confundiam as atividades do juiz e do acusador; 4) Como “o verdadeiro objetivo da batalha era a consciência do indivíduo”, assim como o delito era o seu pecado e a sanção sua penitência, “sua confissão representava para a inquisição o preço da vitória”. Nada podia opor-se à consecução deste fim, que era a defesa dos interesses vulnerados, e isso justificava todos os meios que então se praticasse: os interrogatórios capciosos, os jejuns, a vigilância do acusado nas prisões, para surpreender suas imprudentes confidências, e finalmente a tortura. Tudo era lícito para arrancar a confissão; 5) Privava-se o inquirido de toda a defesa pelo temor de que esta fosse um obstáculo ao descumprimento da verdade e, em consequência, ao logro do fim que se tivesse em conta, a investigação se cumpria em ótimas condições para assegurar a condenação, e prevalecia o conceito de que ainda inocente deveria perecer sempre para que o culpável não ficasse impune.

juízo autônomo à fase instrutória, o que provocou o esvaziamento dos debates, reduzidos a uma repetição já prejudgada da fase instrutória (FERRAJOLI, 2002).

Do exposto, observa-se que o sistema acusatório, cujos traços mais importantes são a separação entre juiz e acusação e a igualdade entre as partes, é o que transmite em maior amplitude a idéia de um processo penal comprometido com o respeito ao indivíduo. Não é por outro motivo que os defensores de cada um dos três sistemas de investigação criminal atualmente existentes, os quais são os de investigação criminal judicial, policial ou a cargo do Ministério Público, procuram associá-los ao sistema acusatório.

O sistema de investigação criminal judicial é caracterizado pela existência do juizado de instrução. Nesse sistema, o juiz instrutor é máxima autoridade na investigação, competindo-lhe impulsioná-la de ofício. Aury Lopes Júnior (2001, p. 64-65) afirma que o juiz instrutor na colheita ou produção da prova pode:

- a) proceder ao interrogatório do sujeito passivo;
- b) utilizar medidas cautelares pessoais ou reais;
- c) conceder a liberdade provisória;
- d) designar defensor para o sujeito passivo, caso não o tenha feito;
- e) realizar inspeções judiciais e ordenar perícias;
- f) proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, intimar e ouvir a vítima e testemunhas etc.

Escrevendo sobre o juizado de instrução, Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 49) argumenta:

O papel do juiz instrutor, como o próprio nome indica, é o de instruir, desempenhando a função de interrogador, com certa proximidade àquela desenvolvida por um policial. Ao lado disso, não deixa de ser um juiz, vale dizer, com poderes jurisdicionais.

A principal vantagem desse sistema é que a investigação criminal, a cargo de um juiz instrutor, é realizada por um órgão suprapartes que não participa do julgamento.

Pode-se apontar com principal inconveniente do juizado de instrução a sua adequação apenas formal ao sistema acusatório. Formal na nítida separação entre quem acusa e quem julga. Um juiz investiga para o Ministério Público acusar e outro juiz julgar. Ocorre que outro postulado no processo acusatório que é da igualdade das partes é ferido de morte pelo juiz instrutor, não sendo concebível que a mesma pessoa que entenda necessária a prática de um ato investigativo avalie a sua legalidade, eis que “são logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 74).

Ressalte-se que o juizado de instrução, que já teve primazia no Velho Continente, está em franca decadência, sendo substituído por modelos de matiz acusatória mais definida. Até mesmo na França, que foi o seu berço, o juizado de instrução perdeu força em face do aumento de importância das *enquêtes préliminaires* levadas a efeito pela Polícia Judiciária, que nada mais são que uma investigação preliminar à investigação realizada pelos juzgados de instrução (CHOUKR, 2001).

Com o declínio do juizado de instrução, o que se vê, hoje na Europa é que o sistema de investigação criminal que ganha mais espaço é aquele em que o Ministério Público dirige as investigações, aparecendo a figura do promotor investigador (SAAD, 2004).

Nesse sistema de investigação, o promotor é quem dirige a investigação, desde o recebimento da *notitia criminis* o que lhe pode ser feita de forma direta ou através da polícia. É ele também quem dirige a Polícia Judiciária, que lhe é dependente funcionalmente, podendo ainda praticar atos investigativos por si mesmo. Traço característico desse sistema é a participação do juiz apenas como garantidor, controlando a legalidade dos atos investigativos levados a termo pelo promotor e autorizando aqueles que forem limitativos de direitos fundamentais.

Aury Lopes Júnior (2001, p. 80-81) franco entusiasta da investigação criminal a cargo do Ministério Público enumera suas vantagens:

- a) É uma alternativa à crise do superado modelo juiz instrutor.
- b) Essa investigação preliminar do acusador é uma imposição do sistema acusatório, pois mantém o juiz longe da investigação e garante a sua imparcialidade (ao juiz cabe julgar e não investigar). Com isso, cumpre-se com os postulados garantistas *nullun iudicium sine accusatione e ne procedat iudex ex officio*. Em última análise, o sistema fortalece a figura do juiz, cuja atividade na instrução preliminar fica reservada a *judgar* (decidindo sobre as medidas restritivas e a admissão da própria acusação).
- c) A própria natureza da instrução preliminar, como atividade preparatória do exercício da ação penal, deve necessariamente estar a cargo do titular da ação penal. Por isso, deve ser uma atividade administrativa dirigida por e para o Ministério Público, sendo ilógico que o juiz (ou a polícia em descompasso com o MP) investigue para o promotor acusar. Em síntese, melhor acusa quem por si mesmo investiga e melhor investiga quem vai, em juízo, acusar.
- d) A imparcialidade do MP leva à crença de que a investigação buscará aclarar o fato a partir de critérios de justiça, de modo que o promotor agirá para esclarecer a notícia-crime, resolvendo justa e legalmente se deve acusar ou não. Inclusive, deverá diligenciar para obter também eventuais elementos de descargo, que favoreçam a defesa.
- e) Tende a ser, verdadeiramente, uma cognição sumária. Com isso, também se evita que os atos de investigação sejam considerados como atos de prova e, por consequência, valorados na sentença.
- f) Maior celeridade e economia processual.
- g) A impossibilidade de que o MP adote medidas restritivas de direitos fundamentais distribui melhor o poder (antes

concentrado nas mãos do juiz instrutor) e permite criar a figura do *juiz de garantias*, como instância judicial de controle da legalidade dos atos de investigação.

Ante as virtudes acima elencadas, o sistema que adota o promotor investigador parece perfeito, mas não é. O seu calcanhar de Aquiles, reconhecido até mesmo por Aury Lopes Júnior (2001), é a desigualdade entre acusação e defesa. Obviamente, com o promotor investigando, toda fase pré-processual será voltada para acusação, mitigando umas das principais virtudes da investigação criminal, já apontada, que é evitar acusações infundadas. É ilusão imaginar que o promotor, ao investigar, atue com imparcialidade, até porque é parte no futuro processo penal e, como parte, tende a buscar sempre o seu interesse, ou seja, sempre busca acumular provas contra o investigado.

Outro não é o magistério de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*apud* SAAD, 2004, p.192-193):

Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta risco da procura orientada da prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça.

Outro fato que não pode passar despercebido é que o aumento de poderes do Ministério Público é fruto de legislações de emergência que tendem a usar todos os meios para arrefecer a criminalidade. Foi assim na Alemanha e na Itália, onde o que importava era armar cada vez mais a acusação, ainda que injustiças fossem praticadas. Surge, então, o chamado império do Ministério Público, versão moderna do temível estado policial.

Resta agora analisar o sistema de investigação criminal policial que se caracteriza pela entrega à Polícia Judiciária do poder de mando da investigação criminal. Nele, é a polícia quem decide a forma pela qual o

crime deve ser investigado; quais diligências devem ser realizadas; quem deve ser ouvido e quais provas técnicas devam ser produzidas. Tal como no sistema do promotor investigador, necessita de autorização judicial para os atos que impliquem limitações dos direitos fundamentais.

As principais críticas a esse sistema é que a investigação levada a efeito não é útil nem para o Ministério Público, nem para defesa e nem para o juiz (LOPES JÚNIOR, 2001).

Em relação ao Ministério Público, a crítica efetuada é que a investigação levada a efeito pela polícia não atende às necessidades acusatórias, visto que não é a polícia que irá exercer a ação penal, ou em outras palavras, quem não acusa não sabe investigar.

No tocante à defesa, condena-se o quase sistemático e arbitrário impedimento do investigado solicitar diligências que lhe sejam favoráveis, bem como ausência do contraditório ainda que em grau mínimo.

Finalmente, não se presta a auxiliar o juiz, pois a forma de atuar da polícia compromete a credibilidade do que for colhido na investigação.

É de se argumentar que a primeira crítica é fruto de um preconceito de que hoje é vítima a polícia, alimentado, a bem da verdade, por muitos de seus próprios membros ainda apegados a práticas de outrora e as demais não são privilégios do sistema de investigação policial, tendo em vista os inconvenientes, já mencionados, ao sistema do promotor investigador.

A nosso ver, em que pesem todas as mazelas da investigação policial criminal, ainda é ela a que melhor se coaduna com o sistema acusatório; eis que ao atribuir a *persecutio criminis* a dois órgãos distintos, a polícia

investiga e o Ministério Público acusa, é assegurada a igualdade entre acusação e defesa, tornando efetivas as tão propagadas garantias ao *procés equitable* e a *egalité des armes* (SAAD, 2004).

1.2 Investigação criminal no Brasil – inquérito policial como sinônimo de investigação

No Brasil, falar de investigação criminal é quase que falar de inquérito policial, uma vez que “a prática processual brasileira não de hoje confunde a investigação criminal com o inquérito policial, quando, na verdade, este apenas é um modo de ser daquela” (CHOUKR, 2001, p. 77).

Tal confusão é fruto da antiga tradição do inquérito policial em nosso Direito, que guarda raízes na Lei nº 2.033, de 20.09.1871, cuja aplicação foi regulada pelo Decreto nº 4.824/1871, que, em seu artigo 42, definia o inquérito policial como “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices” (SAAD, 2004, p. 104)⁴.

Do mesmo modo, o seu conceito não se modificou, pois Galdino Siqueira (*apud* CHOUKR, 2001, p. 6) há muito já o definia como um:

acto extrajudicial, de competência da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade judiciária competente ou, em synthese, uma peça de instrução ou de instrumento, para servir de base à denúncia, à queixa ou ao procedimento *ex officio*.

⁴ Muitos advogam que apenas a denominação “inquérito policial” é criação do decreto 4.824/1871, pois antes dele já havia uma inquirição de testemunhas na polícia. A esse respeito ver Marta Saad (2004, p.53-54).

Existem muitas outras definições de inquérito policial, que, segundo Marta Saad (2004), variam de acordo com a importância que é destacada a algumas de suas características. Assim, algumas definições dão realce a sua destinação para a apuração de fato ilícito e típico. Outras destacam a sua função preparatória da ação penal. Há ainda aquelas que dão ênfase à colheita de provas ou a sua função acautelatória. Entretanto:

Consta na maioria da doutrina, o entendimento de que o inquérito policial, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, co-autoria e participação, é o procedimento preliminar ou prévio, cautelar, realizado pela polícia judiciária e, portanto, de natureza administrativa e finalidade judiciária (SAAD, 2004, p. 139).

As críticas ao inquérito policial também não tardaram, pois o mesmo Galdino Siqueira (*apud* Mehmeri, 1992, p. 20) o atacava, com a força de seu magistério, afirmando:

Efetivamente, o que se tem observado é a existência de um processo duplicado, o do inquérito e o da formação da culpa, dando em regra, como resultado, prejuízos à causa da justiça, quer pelo tempo, quer pela ação da chicana e do suborno, freqüentemente vendo-se retratações de confissão ou de declaração de testemunhas colhidas no inquérito.

É de mencionar que as críticas ao inquérito policial não mudaram muito, pois os principais defeitos que lhe são apontados é que ele é moroso, quase inútil (ante da repetição de seus atos em juízo), servindo apenas para alimentar a corrupção policial. Marta Saad (2004, p.188-189) bem sintetiza aquelas que são feitas ao inquérito policial:

as críticas que se fazem ao inquérito policial são de que ele é moroso e causa a demora na prestação jurisdicional; é oneroso, as provas que ali se realizam se repetem em juízo, tais como a oitiva de testemunhas e do ofendido. Critica-se ainda a impossibilidade de defesa do envolvido no inquérito policial, em descompasso com as garantias constitucionais, chamando-se o inquérito policial de peça anacrônica. Alerta-se, ainda, para os eventuais abusos cometidos no interior das delegacias de polícia, tais como tortura e corrupção. Diz-se que o

inquérito policial não é instrumento hábil para apurar infrações cometidas por administradores públicos nem crimes ditos do colarinho branco, porque a autoridade policial não teria a independência necessária para a realização de tal atividade, posto que a polícia está sujeita à Administração e às inevitáveis pressões políticas. Enfim, atribui-se ao inquérito policial toda a sorte de mazelas.

Com todas essas feridas, à primeira vista, poder-se-ia dizer que realmente o inquérito policial é um instituto ultrapassado, mas não é. E mais, é forma de se materializar da investigação que guarda maior similitude com o sistema acusatório (CHOURK, 2001), em razão da nítida separação entre quem acusa e quem julga, bem como da paridade de armas entre as partes, eis que a investigação fica a cargo de um órgão distinto da acusação.

É evidente, entretanto, ser necessário dar uma melhor roupagem ao inquérito policial, não podendo passar despercebido que o Código de Processo Penal, que o regula, é fruto de um regime ditatorial, já que veio a lume em 1941, em pleno Estado Novo, quando o respeito às liberdades individuais não era a principal preocupação dos governantes. Não é por outro motivo que Código de Processo Penal, até pouco tempo, considerava o interrogatório como meio de prova e não de defesa e ainda sancionava o acusado que usasse o seu direito de defesa.

Além do inquérito policial existem outras formas de se materializar da investigação, as quais são o inquérito policial militar e o inquérito parlamentar (SAAD, 2004)⁵. O primeiro é o procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária militar para a apuração de crimes militares,

⁵ Marta Saad (2004) aponta ainda o inquérito administrativo em sentido estrito como forma de persecução preliminar ou prévia, uma vez que os elementos coletados na investigação administrativa podem constituir conjunto preliminar suficiente para o início da ação penal possibilitando em alguns casos a dispensa do inquérito policial, como sói acontecer nos procedimentos administrativos realizados pelo Fisco.

próprios ou impróprios, bem como crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social, quando o agente for militar ou assemelhado.

Já o segundo é afeto às Comissões Parlamentares de Inquérito que têm por objetivo investigar fatos relevantes e determinados ligados à atividade administrativa do governo, visando a preservar a transparência e a moralidade pública. Eventualmente, o resultado concreto do trabalho da Comissões Parlamentares de Inquérito pode servir de base à acusação criminal, dispensando, por consequência o inquérito policial.

Dissertando a respeito dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, Cleonice A. Valentim Bastos Pitombo (*apud* SAAD, 2004, p. 120) assevera que:

A faculdade investigatória, atribuída às Comissões Parlamentares de Inquérito, assemelha-se àquelas conferidas ao delegado de polícia, no exercício da persecução penal extrajudicial, ou persecução penal prévia. A autoridade policial, no curso do inquérito, pode e deve utilizar de todos os meios legais para atingir o bom êxito da investigação. Mas ninguém, jamais, afirmaria que a autoridade policial possa restringir direito fundamental, sem ordem e permissão judicial. Assim, de igual modo, Comissão Parlamentar de Inquérito não pode determinar a restrição a direito individual, como, por exemplo, decretar a prisão preventiva do investigado, expedir mandado de busca e de apreensão, interceptar conversa telefônica ou quebrar sigilo bancário. Até porque a investigação parlamentar assume e se materializa em atividade de índole administrativa.

No que diz respeito às investigações realizadas pelo Parlamento, nota-se claro desprezo pelos direitos fundamentais do investigado, bastando para tanto citar a recorrente insistência para que “depoentes” (*rectius* investigados) se auto-incriminem.

Além destas, outra forma de se documentar a investigação criminal é o termo circunstanciado, criado pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que regula o

procedimento para os casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, dispensando, de forma direta, o inquérito policial. Nele, está previsto que a autoridade policial, que tomar conhecimento do fato, lavrará termo circunstanciado e o encaminhará, de imediato, ao Juizado Especial Criminal. Entende-se por infração penal de menor potencial ofensivo, o crime ou contravenção cuja pena máxima não seja superior a dois anos⁶ (SAAD, 2004).

Trata-se de um documento administrativo no qual são registrados de forma sucinta as circunstâncias do delito, dados do infrator, vítima e testemunhas, com as respectivas versões e referência aos exames periciais eventualmente requisitados.

O descaso legislativo com a investigação criminal também é percebido na Lei nº 9.099, de 26.09.1995, pois dos seus 97 artigos, apenas um trata do termo circunstanciado. Resultado desse quadro é que sequer existe unanimidade a respeito de quem seja autoridade policial para fins de lavratura do termo circunstanciado. Uns, com razão ao nosso ver, argumentam que autoridade policial é o delegado de polícia de carreira, que exerce as funções de polícia judiciária, nos termos do artigo 144, § 4º, da Constituição Federal; outros, entretanto, consideram que inclusive policial militar pode ser considerado autoridade policial para fins de lavratura de termo circunstanciado (SAAD, 2004).

Muitas são as críticas à fase de investigação preliminar instituída pela Lei nº 9.099, de 26.12.1995. A mais severa delas, sem dúvida, é a de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo que, com razão, afirma que “o termo

⁶ Conforme artigo 2º da Lei nº 10.259 de 10.07.2001

circunstanciado não contém investigação nem é forma de apuração, mas apenas mera notícia da infração penal” (*apud* SAAD, 2004, p. 94).

Leonardo Sica (2002, p. 176-177) condena a inexistência de juízo prévio que verifique a possibilidade de arquivamento do termo circunstanciado, dizendo:

Agora, com a chegada da *notitia criminis* ao Judiciário, ante a precária classificação jurídica da Autoridade Policial, simplesmente é designada a audiência para aplicação da transação penal, acarretando que, em casos de fatos atípicos ou sem quaisquer indícios de autoria e materialidade, seja aplicada pena restritiva ou multa, por ser a resposta mais célere.

Há que se mencionar ainda que, apesar de sua mitigação na prática, a Lei nº 9.099, de 29.09.1995, prevê que audiência preliminar, na qual o autor é informado sobre a possibilidade da composição de danos e a respeito da aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, seja realizada imediatamente após o cometimento da infração, o que “significa uma verdadeira opressão estatal sobre as partes, ante a falta de mínimos testemunhos ou comezinhos informes técnicos” (CHOUKR, 2001, p. 231).

A forte tradição do inquérito policial deixa sua marca também nos Juizados Especiais Criminais, uma vez que apesar do diploma legal que os criou ter previsto, como já dito, de forma expressa a dispensa do inquérito policial, ele é necessário, mesmo em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo quando sejam de autoria desconhecida ou que demandem em razão da complexidade, de investigação mais acurada. Não é imaginável, por exemplo, apurar num termo circunstanciado, que é pautado pela informalidade, um delito de lesão corporal culposa imputado a médico durante realização de intervenção cirúrgica.

1.3 O problema da tortura na investigação.

É inegável que, durante séculos, a tortura foi usada como meio de desvendamento da verdade, tornando-se num dos principais instrumentos de investigação, apesar de sua ineficácia, já que muitos, apesar de culpados, por serem robustos e determinados, enfrentam seus algozes sem nunca abrir a boca, não raras vezes preferindo a morte ao reconhecimento da culpa, enquanto outros, por não suportarem os tormentos, se declaram culpados, mesmo sendo inocentes.

Pietro Verri (2000) em sua obra *Observações sobre a tortura*, escrita entre 1770 e 1777, analisa um processo criminal realizado em Milão no ano de 1630, que ficou famoso como o processo dos unttores, porque os réus eram acusados de untar as paredes da cidade com um óleo venenoso, que transmitia a peste, que dizimou muitos milaneses.

O processo dos unttores foi iniciado pela afirmação de uma mulher que dizia ter visto um dos réus, apoiando uma das mãos numa parede a fim de colar um cartaz. A partir daí, segue-se um processo permeado por torturas, no qual um réu, apesar de inocente, acusava outro réu também inocente, escrevendo-se, ao final, um tenebroso romance, em que os réus assumiam serem os culpados pela peste, a qual era transmitida por um unguento mortífero que eles fabricaram.

Já mais próximo do nosso tempo, Percival de Souza (2000) ao falar sobre a vida e morte de delegado de polícia paulista Sérgio Paranhos Fleury, descreve com riqueza de detalhes as torturas realizadas pela Polícia Civil

Paulista, que havia sido transformada num dos mais eficientes aparelhos de defesa do regime de chumbo, fruto do golpe de 1964. O autor bem demonstra um traço característico de todo torturador, o qual é a idéia que está perseguindo um fim maior. No caso da ditadura, esse fim maior era a necessidade de preservar a segurança nacional⁷.

Por incrível que pareça a tortura, apesar de todas as normas internacionais e nacionais que a abominam⁸ ainda conta com muitos defensores. Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, o discurso da lei e da ordem ganhou força, passando a defender a idéia de que em casos extremos a prática da tortura física e psicológica é legítima (PINHEIRO, 2002?).

O velho discurso de garantia da segurança nacional, que justificava a tortura nos regimes ditatoriais latino-americanos, agora também é o argumento apresentado por aqueles que defendem o uso da tortura na guerra contra o terror, modernizado na versão da bomba e do terrorista. Argumenta-

⁷ “Fleury teve a personalidade moldada, esculpida na perseguição a ladrões de todos os tipos pelas ruas da cidade, tanto durante suas passagens pela Rone quanto na Delegacia de Roubos. Quando estourou o golpe de 1964, já estava em curso na polícia, e há muito tempo, uma ‘cultura’ diferenciada sobre o trato com homens que viviam à margem da lei: a cultura do *pau*.

O ladrão, particularmente tinha de ir ‘para o pau’. A cultura policial era essa. No pau, arrancava-se o ‘serviço’, as confissões dos infelizes pendurados no pau-de-arara, instrumento de suplício em que os pulsos e pés, dobrados, são amarrados e a cabeça fica para baixo. Além da agonia do sangue a concentrar-se na cabeça, são aplicadas descargas elétricas com o girar de manivelas das máquinas de choque.

Pós-64, só uma novidade: à entrada dos elevadores no prédio do DI, cuja carceragem espremia permanentemente pelo menos oitocentos presos, colocados ali sem culpa formada, apenas para que os policiais chamavam de “averiguações”, pregou-se uma placa com letras grandes na qual se lia: *Contra a Pátria, não há direitos*.

Ao chegar algemado, diante dessa ‘quase’ sentença o preso podia fazer idéia do que estava à sua espera: era a legitimação do pau. De fato, os policiais esmeravam-se na arte de torturar, invertendo todo o processo primário de investigação. Partia-se de um averiguado, ou suspeito, para a eventual autoria de um crime. Raramente se investigava a partir de um crime para chegar ao autor, técnica desenvolvida exclusivamente na Delegacia de Homicídios” (Souza, 2000, p. 29-30).

⁸ No plano internacional merecem destaque a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, proposta pela ONU em 28 de setembro de 1984 e ratificada, até o momento, por 124 países, dentre eles o Brasil, que a ratificou em 1984 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. No plano interno, a Constituição de 1988 que repudia qualquer prática de tortura e a lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, que tipifica o crime de tortura.

se que se determinado prisioneiro colocou uma bomba numa grande cidade é lícito submetê-lo a tortura, caso ele não queira revelar o local em que o artefato foi instalado. Torturar, nesse caso, seria um mal menor do que a perda de centenas ou milhares de vidas.

Acontece que argumentos desse tipo, se aceitos, fariam com que o gênio saísse da garrafa e, uma vez solto, ele atenderia outros desejos. Primeiro justificar-se-ia a tortura para salvar milhares de vítimas, depois para resgatar um seqüestrado de seu cativo, até que ela seria aceitável para o esclarecimento de crimes contra o patrimônio: já que a proteção da propriedade é uma das maiores preocupações do direito penal dos países capitalistas.

Mencione-se também ser histórico que a tortura sempre foi voltada para as classes desprivilegiadas. Em Roma, por exemplo, ela era reservada somente aos servos, atingindo os cidadãos apenas quando o Império tornou-se despótico e na Idade Média dela eram excluídos os nobres e os doutores (FERRI, 2000). Isto, por si só, já é o bastante para demonstrar a ineficácia da tortura como instrumento de investigação, já que se ela fosse tão imprescindível para o descobrimento da verdade, não seria aceitável que alguém pudesse estar isento da sua aplicação.

CAPÍTULO 2

CONFLITO ENTRE INVESTIGAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A obrigação do Estado em proporcionar segurança, que passa pela necessidade de investigarem-se os fatos que afetam a normal convivência no grupo social, faz com que, muitas vezes, o indivíduo seja invadido por esse Estado investigador, o que impõe o surgimento de garantias que limitem essa intromissão do Estado na vida do indivíduo, em níveis toleráveis, equilibrando a obrigação de oferecer segurança com o desejo de liberdade.

Obviamente, manter esse equilíbrio não é tarefa fácil caminhando a investigação criminal na tênue linha que separa o que é legal do que é arbitrário. Fauzi Hassan Chourk (2001) explica que isso ocorre porque o conceito de segurança é construído a partir de uma visão daqueles que detêm o poder, enquanto o conceito de liberdade é fruto do pensamento daqueles que são submetidos ao poder. Numa falsa dicotomia estes conceitos são tratados como antagônicos, de modo que, quando se fala em maior agilidade nas investigações criminais, priorizando a segurança, logo surgem idéias de restrição das garantias individuais, o que cria a impressão de que para se ter segurança é necessário restringir a liberdade.

Buscando controlar a saga punitiva do Estado absoluto e vingador, “na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista” (FERNANDES, 2002, p. 13). É por isso que as

modernas constituições trazem em seu texto regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito a alguns direitos do indivíduo. A técnica utilizada pelos legisladores foi a de declarar direitos de que o indivíduo não abre mão, como condição para sujeição ao pacto social. Esses direitos são os chamados direitos humanos.

A expressão direitos humanos, tal como conhecemos hoje, é relativamente nova. Esta designação surgiu pela primeira vez, no século XVIII, na obra de Thomas Paine, intitulada *Rights of Man* (Direitos do Homem)⁹. Mas o que ela significa? Todas as definições, respeitadas as diferenças culturais, têm no núcleo a idéia de que são direitos inerentes à condição humana, competindo à sociedade não a sua concessão, mas sim a sua defesa. João Batista Herkenhoff (1994, p. 30,31) diz que:

Por *direitos humanos* ou *direitos do homem* são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Apesar dessa relativa modernidade, o valor da pessoa humana sempre fez parte de nossa tradição, acompanhando a evolução humana desde a Antiguidade¹⁰. Pode-se afirmar, entretanto, que os direitos humanos só foram reconhecidos a partir de quando foram positivados, isto é, a partir do momento em que a preocupação com os direitos fundamentais foi acolhida pelo legislador, o que ocorreu somente no século XVIII com as Revoluções

⁹ Thomas Paine (1737-1809) escreveu *Rights of man* para refutar as idéias de Edmund Burke, que havia atacado a Revolução Francesa, afirmando que o povo inglês não teria direito a escolher seu próprio governo.

¹⁰ Por exemplo, Celso Lafer (1988, p.119) ao tratar da origem dos direitos humanos cita a passagem do Gênesis onde está escrito “Deus criou o homem à sua imagem”, para ilustrar que o Velho Testamento ensinava que o homem é o ponto culminante da criação, tendo importância máxima no Universo.

Americana e Francesa. Para entender o porquê da positivação ter tido início em determinado momento, é preciso encarar os direitos humanos como fruto da história. Isso porque:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (BOBBIO, 1992, p.18).

Tendo em mente esse caráter de historicidade, torna-se possível apontar dois dos mais importantes fatores que possibilitaram surgimento da cultura dos direitos humanos. O primeiro deles é o individualismo.

Surgido na Idade Moderna, o individualismo marca o momento em que o homem até então voltado para a contemplação e busca da verdade eterna, passa a se preocupar com o mundo interior do ser (LAFER,1998). Pela concepção individualista, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado; eis que são os indivíduos que constroem o Estado. Surge, então, a concepção que “em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro deveres, depois os direitos” (BOBBIO, 1992, p. 60).

No plano religioso, a concepção individualista influenciou sobremaneira a Reforma, introduzindo “a preocupação com o sucesso no mundo como sinal da salvação individual” (LAFER, 1998, p. 121), culminando no surgimento do primeiro direito individual reivindicado, que foi justamente o de liberdade de opção religiosa.

O segundo fator que propiciou o surgimento da moderna preocupação com o tema dos direitos humanos foi o contratualismo, que trouxe uma nova justificação para o Estado e o direito, que passou ter como fundamento, não o poder do soberano ou de Deus, mas sim a vontade dos indivíduos que compõem a sociedade.

Entre os contratualistas, foi na teoria política de Locke que existe maior relação com os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais. Locke considera o Estado e o direito como um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde se pode tudo, com as exigências da vida em sociedade. É na teoria de Locke que se encontra a preocupação individualista em estabelecer limites ao abuso de poder do Estado em face do indivíduo. Surge a idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a vontade e a razão (LAFER, 1998).

É neste contexto que aflora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que é a mais famosa das declarações, por ser considerada como um modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal, então nascente (FERREIRA FILHO, 2000).

Demonstra a Declaração de 1789 a preocupação de dar aos direitos nela previstos um caráter perene e estável, o que em grande parte não tem sido atingido, pois, desde o século XVIII, o elenco dos direitos do homem foram alterados de acordo com as circunstâncias históricas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000) divide os direitos enunciados na Declaração em duas categorias: liberdades e poderes¹¹. A diferença entre

¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p 23) diz que são exemplos de liberdades na Declaração de 1789 “a liberdade em geral (arts. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de

eles é que as liberdades facultam ao indivíduo agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado, enquanto os poderes dão ao indivíduo a possibilidade de participar no exercício do poder político.

Para que a Declaração afluísse, como afirma Bobbio (1992), foi necessário ocorrer uma inversão na relação política entre governante e governado; porque, até aquele momento, o pensamento político era voltado para os interesses do governante, ou seja, para a obtenção e conservação do poder, anulando o indivíduo.

Celso Lafer (1998) ao tratar da afirmação político-jurídica dos direitos humanos ao longo da história, recorre à diferenciação das perspectivas *ex parte populi* e *ex parte principis*, ou seja daqueles que são submetidos ao poder e daqueles que detêm o poder, para mostrar que indivíduo deixou unicamente de ter deveres para com o Estado, passando também a ter direitos somente quando foi o seu ponto de vista que predominou no jogo político. O primeiro momento em que isso ocorreu foi por ocasião das Declarações Americana e Francesa, com o surgimento de freios ao poder até então absoluto do soberano, garantindo, principalmente, a liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, as primeiras positivizações de direitos humanos (Declaração de Virgínia e Declaração Francesa, de 1789) que trazem direitos inerentes ao indivíduo e tidos como naturais, precedentes ao contrato social, são tidas como declarações de direitos de primeira geração.

opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (arts. 2º e 17)”. Mais adiante (p. 25) cita como sendo poderes “os direitos de participar da ‘vontade geral’ (art. 6º), ou de escolher representantes que o façam (art. 6º), de consentir no imposto (art. 14), de controlar dispêndio de dinheiro público (art. 14), de pedir contas da atuação de agente público (art.15)”.

São, na visão contemporânea as chamadas liberdades públicas¹² que se relacionam com as condutas do indivíduo. Agir ou não agir, fazer ou não fazer . Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar (FERREIRA FILHO, 2000).

A primeira geração de direitos foi complementada pelo legado histórico do socialismo, que trouxe as reivindicações dos desprivilegiados a ter direito de participar do bem-estar social. Surgiram, então, os direitos de segunda geração, que são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. São os direitos ao trabalho, à saúde e à educação, nos quais o sujeito passivo é o Estado; eis que foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O direitos de segunda geração que continuam tendo como titular o indivíduo não negam os primeira geração, ao contrário têm por escopo torná-los efetivos. Nesse sentido, é o magistério de Lafer:

O titular desse direito, no entanto, continua sendo o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.

No plano positivo, os direitos de segunda geração foram consagrados pela Constituição alemã de 1919, que ficou imortalizada como a Constituição de Weimar. O caminho percorrido para o surgimento desses direitos passa,

¹² A respeito das liberdades públicas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p.28) salienta que “na visão contemporânea , as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os *direitos individuais*, constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles – é certo – se agregaram primeiro os direitos econômicos e sociais , depois os direitos de solidariedade, mas estes outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las”.

sem dúvida, pela situação de penúria então vivida pela classe trabalhadora, fruto do liberalismo econômico oriundo das revoluções liberais, que propiciou enorme concentração de riqueza nas mãos da burguesia. (FERREIRA FILHO, 2000).

Veja que, se num primeiro momento o Estado interferia tanto no indivíduo que houve a necessidade do surgimento de regras que o obrigassem a condutas negativas, ou seja, a agir de modo a não obstar a liberdade das pessoas, agora, havia abandonado o indivíduo à própria sorte, tornando imperativa a criação de regras que, desta vez, o obrigassem a condutas positivas, isto é, tinha o Estado, a partir do surgimento dos direitos de segunda geração, não só a obrigação de não influir na liberdade das pessoas, mas também as de assegurar, entre outros direitos, saúde, trabalho e educação.

Evidentemente, conforme analisa Lafer (1998), a afirmação dos direitos de primeira e de segunda geração gerou problemas práticos na sua aplicação e tutela, quer se analise com olhos de governante ou de governado. Pela perspectiva *ex parte principis*, em relação aos direitos de primeira geração, surgem controvérsias no tocante aos limites eventualmente impostos ao direito de reunião, de associação, de opinião ou de greve. Já em relação aos direitos de segunda geração, o principal problema é estabelecer até que medida se pode e se pretende saldar os compromissos assumidos em face aos indivíduos, no tocante à saúde, educação ou trabalho, uma vez que é a própria coletividade, através do Estado, quem deve saldar esses créditos.

Pela perspectiva *ex parte populi*, um dos problemas notados é a aparente contradição existente entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois, enquanto os direitos de primeira geração buscam limitar o poder do Estado, os direitos de segunda geração, para serem efetivados, exigem a ampliação desses poderes. Esse paradoxo é fruto das heranças liberal e socialista que incidiram na formação histórica dos direitos humanos.

Resta mencionar, ainda, os que, contemporaneamente, são chamados direitos de terceira ou até mesmo de quarta geração. Tais direitos têm em comum com as gerações anteriores, o fato de servirem de ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Diferem, entretanto, das outras gerações pelo fato de terem como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. Um exemplo desses direitos é o direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1º, § 2º e art. 55). Lafer (1988, p. 131) cita outros exemplos:

No contexto dos direitos de titularidade coletiva que vêm sendo elaborados no sistema da ONU é oportuno, igualmente, mencionar: o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações, no âmbito do diálogo Norte/Sul, sobre uma nova ordem econômica internacional; o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente argüido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade, a ser administrado por uma autoridade internacional e em benefício da humanidade em geral, no texto do tratado que resultou das negociações da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (cf. arts. 136,140,154 e 157).

O advento dos direitos de terceira e quarta geração fez surgir alguns dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade. O primeiro

deles é relacionado com a multiplicidade infinita de grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, tornando difusa e imprecisa a titularidade desses direitos. Por exemplo, como definir o conceito povo, no direito de autodeterminação dos povos. E o segundo advém da aparente contradição existente entre os direitos de primeira e segunda geração, com os direitos de terceira e quarta geração, pois, enquanto os primeiros se consubstanciam em direitos individuais os segundos correspondem a deveres em relação à comunidade.

Importante ressaltar que, certamente, outras gerações de direito surgirão acompanhando a evolução da humanidade, só que mais importante do que criar um direito é torná-lo efetivo, ou seja, fazer com que o legislado não seja diferente do praticado. Infelizmente, esse ainda é o grande desafio da sociedade.

Do exposto, verifica-se que a investigação criminal vai ser relacionar e, não raras vezes, entrar em conflito com os direitos de primeira geração, que são também chamados de liberdades públicas, uma vez que são esses direitos que facultam ao indivíduo agir ou não agir, ir ou não ir, fazer ou não fazer. Muitos são os exemplos desses conflitos: o direito de ir e vir com a necessidade de decretação de prisão cautelar, a inviolabilidade de domicílio e o sigilo das comunicações telefônicas e a precisão em buscar provas da infração penal. É o próprio ordenamento legal, na maioria das vezes em plano constitucional (exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio e reserva a lei complementar das hipóteses de interceptação das comunicações telefônicas) que regula como esses conflitos devem ser resolvidos,

competindo ao juiz o importante papel de balanciar a liberdade do indivíduo com a necessidade de apuração e punição dos delitos.

2.1 Garantismo

A doutrina que se convencionou chamar de garantismo surgiu no campo penal como resposta ao descompasso existente entre o direito positivado e a realidade. Todas as Constituições modernas preocuparam-se em dotar o cidadão de instrumentos de defesa contra o arbítrio do poder punitivo estatal, procurando estabelecer parâmetros de racionalidade e, principalmente, de legitimidade da intervenção punitiva, mas, na prática, essas garantias não alcançaram a amplitude desejada. Basta mencionar as práticas policiais espúrias, que, infelizmente, ainda povoam os jornais, para comprovar essa assertiva.

O garantismo representa um esforço no sentido de se estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de direito que privilegie a segurança em detrimento dos direitos e garantias individuais, dando-lhes *status* de intangibilidade e delimitando:

uma esfera do não-decidível, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2002).

Ferrajoli (2002) fala que a palavra garantismo pode ter três acepções. A primeira delas designa “um modelo normativo de direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 684), ou seja, é o próprio Estado de direito. No direito penal, é o que é chamado de estrita legalidade.

Sob essa óptica, Ferrajoli (2002, p.684) diz que o garantismo:

sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Assim, para conceber um regime como garantista não basta considerar os princípios constitucionais, mas, principalmente, se, na prática, esses princípios são efetivos. Lapidar as palavras de Ferrajoli (2002, p. 684):

uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

Numa segunda acepção, garantismo seria “uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 684). Exprime, então, a separação entre o “ser” e o “dever ser” no direito, ou em outras palavras a incompatibilidade existente entre os modelos normativos, que são amplamente garantistas e os vícios anti-garantistas da *praxis*.

É a teoria da divergência entre o direito válido e o direito efetivo. Ter uma visão garantista é possuir uma perspectiva crítica que não tenta encobrir

as divergências entre o legislado e o praticado, mas sim evidenciá-las. Uma postura garantista é justamente o contrário da postura positivista clássica de contemplação e submissão ao direito vigente, acatando seus dogmas como intransponíveis, mesmo se na prática forem ilegais ou ilegítimos.

Já para a terceira acepção, o garantismo se consubstanciaria em “ 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” (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Pressupõe uma separação de conceitos tidos como quase sinônimos como, por exemplo, direito e moral, impondo que o direito seja observado do ponto externo, ou seja, da óptica daqueles que estão submetidos ao poder e não daqueles que detêm o poder.

Após analisar essas três acepções Ferrajoli (2002, p. 686) afirma que:

Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também *uma crítica das ideologias*: das ideologias *políticas*, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça como o direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias *jurídicas*, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade.

Um Estado garantista não é apenas um Estado regulado pelas leis, mas um modelo de Estado submetido às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício do poder.

Ferrajoli (2002, p. 687) diz que o Estado garantista nasceu com as Constituições modernas e é caracterizado por:

a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e

administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* do cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

A principal característica do garantismo é a incompatibilidade com o poder desregrado e sem controle. Nele, todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, cuja inobservância impõe a invalidação judicial dos atos, com a conseqüente responsabilização dos agentes.

É importante ressaltar que garantismo não é sinônimo de democracia, pois até mesmo o regime democrático mais perfeito será um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for ilimitado. Nessa visão, o garantismo seria um limite até mesmo para a democracia, uma vez que nenhuma maioria pode decidir pela supressão da minoria ou de um só cidadão. Justamente nesse sentido é o pensamento de Ferrajoli (2002, p. 690):

Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares.

É a garantia desses direitos que assegura a convivência pacífica e, no limite, a lesão deles por parte do Estado justifica a desobediência civil, culminado em guerra civil.

O Estado de direito e o garantismo só existem, quando o súdito torna-se cidadão e seus direitos que, até então, eram exclusivamente naturais passam a ser constitucionais, vinculados ao Estado.

Há que se falar também que o Estado de direito pode ter as formas liberal e social. Estado de direito liberal é aquele em que aos cidadãos são atribuídas somente garantias negativas, que consistem em deveres públicos negativos ou obrigações de não fazer. Exemplos típicos são as garantias do cidadão de não ser privado da vida e da liberdade.

Tais obrigações de não fazer são intimamente relacionadas com o processo penal. Aliás as garantias penais e processuais são justamente manifestações dessas obrigações de não fazer. Não prender, não punir, não sancionar, a menos que ocorram as situações previstas pela lei.

Pode-se dizer que o Estado de direito liberal encontra seus fundamentos na teoria política de Locke, que considera o Estado e o direito como um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde se pode tudo, com as exigências da vida em sociedade. É na teoria de Locke que se encontra a preocupação individualista de estabelecer limites ao abuso de poder do Estado em face do indivíduo. Surge a idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a vontade e a razão.

Já o Estado de direito social pode ser considerado fruto do legado histórico do socialismo, que trouxe as reivindicações dos desprivilegiados a ter direito de participar do bem-estar social.

O Estado, que era obrigado somente a prestações negativas, vincula-se também a prestações positivas. Surgem as garantias sociais positivas. Não basta que o Estado não interfira na vida, liberdade e propriedade, pois deve ele agora assegurar também os direitos ao trabalho, à saúde e à educação.

Talvez a maior diferença entre o Estado de direito liberal e o Estado de direito social resida no fato que, no primeiro modelo, basta que o Estado não piore as condições de vida dos cidadãos, enquanto que, no segundo modelo, o Estado é comprometido e obrigado a melhorar as condições de vida dos cidadãos.

Concluindo, tanto o Estado de direito liberal, quanto o Estado de direito social podem ser garantistas, pois a essa teoria interessa mais se os direitos são efetivos do que quantos e quais foram positivados.

Ferrajoli (2002, p. 694) é enfático ao dizer:

Tudo isto justifica ao meu ver, uma redefinição do conceito de “democracia”. Chamarei *democracia substancial* ou *social* o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais.

A ambição das Constituições modernas tem sido o maior obstáculo para o garantismo, uma vez que quanto mais um ordenamento expande os direitos e garantias com a incorporação de deveres ao Estado, corre-se o risco de aumentar a distância entre o legislado e praticado, ou seja entre o dever ser e o ser no direito.

É a falta de efetividade das garantias liberais ou sociais que leva à ilegitimidade do Estado de direito. “Esta ilegitimidade pode alcançar formas patológicas, quando as normas de nível superior são de todo inefetivas” (Ferrajoli, 2002, p. 695).

Dentre todas as garantias oferecidas pelo Estado de direito, a maior delas, é a possibilidade do povo, ante a insatisfação dos direitos que lhe são proclamados, retirar a própria legitimação do Estado. O pacto social ganha um caráter bilateral, ao contrário da concepção hobbesiana, que concebe o Estado como um ente artificial que tudo pode.

É pressuposto do garantismo o monopólio legal e judiciário da violência repressiva, monopólio este que deve ser exercido de fato e não apenas formalmente. Nesse ponto é que reside a importância de falar de garantismo, num trabalho que tem por enfoque a investigação criminal, eis que de nada adianta um processo recheado de garantias, se, na investigação, o indivíduo é submetido a uma série de medidas abusivas. Um exemplo é o recorrente uso do interrogatório como meio de prova, não raras vezes, constringendo o investigado a produzir prova contra si próprio, chegando, no limite, a ocorrer verdadeira “extorsão da prova mediante seqüestro do investigado” (BALDAN, 2006), como sói acontecer nos casos em que a prisão cautelar é utilizada como instrumento de coação sobre o investigado, que é forçado confessar e delatar comparsas tendo sua liberdade vergonhosamente utilizada como moeda de troca, numa versão moderna das velhas práticas denunciadas por Pietro Verri (2000).

Uma leitura garantista da investigação criminal impõe acabar com o mito da investigação inquisitiva, o que passa pela vedação de interrogatórios sem a intervenção de defensor. Esperar desvendar um delito contando quase que exclusivamente com a ajuda do investigado é dar testemunho da ineficiência do investigador.

A atividade investigativa infelizmente encerra, qualquer que seja o encarregado da investigação, o maior problema prejudicial ao garantismo penal que é “a variação mais ou menos ampla que sempre existe entre a normatividade e efetividade, entre o direito e a praxe, entre imagem legal e funções reais, entre o dever ser e ser de um sistema punitivo” (FERRAJOLI, 2002).

Esse quadro é agravado pela incessante busca de se demonstrar êxito das investigações, esquecendo-se seus encarregados, entretanto, que a eficácia de um órgão investigador se mede levando em conta a porcentagem de casos esclarecidos, só que segundo critérios dos tribunais e não de quem investiga. A verdadeira demonstração de êxito de uma investigação criminal é a obtenção de uma condenação num processo legal. Obviamente, as evidências coletadas na investigação criminal devem ser contundentes, só que obtidas com o inarredável respeito às garantias e direitos do investigado.

Um sistema de investigação garantista impõe que quem investigue seja controlado. Não é por outra razão que o nosso ordenamento, que adota o sistema de investigação policial, previu o controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público¹³. Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 108-109) explica que, em nosso caso:

a forma de controle será exercitada sobre aquela parcela da polícia que empreenda as funções judiciárias, sobretudo por poderes requisitórios e de orientação por parte do controlador, mas sem que chegue este último a impor sanções punitivas em âmbito correicional àqueles servidores que exercitem as funções anunciadas. Caberá, por certo, a possibilidade de requerer-se a adoção dessas medidas ao órgão competente,

¹³ Artigo 129, VII, da Constituição Federal

mas sem o poder decisório, pois aí estaria atuando um controle *interno* da atividade policial.

Ainda em relação à investigação, reserva o garantismo ao juiz a importante função de “garante das liberdades” (RODRIGUES, 2002, p. 10). Essa nova função materializa-se em nosso direito, entre outras, na necessária ordem judicial para buscas domiciliares, quebras de sigilos bancários, interceptações das comunicações telefônicas e prisões temporárias.

Dissertando a respeito do juiz garantidor, Anabela Miranda Rodrigues (2002, p. 14) afirma que:

[...] não deve haver juiz *de* instrução, pois este não tem poderes de investigação, mas juiz *da* instrução, como juiz de instrução em Portugal, o juiz das investigações preliminares em Itália, o juiz de controle da legalidade na Alemanha, ou o “juiz das liberdades” do processo penal europeu. Um juiz para controlar a legalidade na recolha das provas, para autorizar as medidas coercitivas e para fiscalizar a investigação oficial. A este juiz chama-se “juiz das liberdades”: um juiz que, na fase preparatória, controla o respeito pelas liberdades.

A função de garante do juiz é prejudicada em nosso ordenamento pela adoção do critério do juiz preventivo, quando, na realidade, seria conveniente a existência de um juiz da investigação.

Como já dito, cabe ao juiz decidir sobre incidentes ocorridos na investigação criminal que restrinjam direitos fundamentais do investigado. Acontece que, em nosso sistema, o juiz que decide qualquer desses incidentes fica prevenido para o julgamento de eventual processo que dele for originado. Melhor seria que o juiz que decidisse incidentes investigativos ficasse excluído do julgamento do processo, separando o juiz da investigação do juiz da causa, já que evidentemente é necessária a realização de um pré-julgamento para, por exemplo, decretar-se uma prisão temporária, a quebra

de um sigilo bancário, ou ainda autorizar-se a interceptação de comunicações telefônicas.

Aury Lopes Jr (2001, p. 153) argumenta que “a prevenção pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial”.

Evitar pré-julgamento é também o que levou o legislador italiano a separar os autos da investigação dos da ação penal, permitindo que apenas informes perenes e irrepetíveis, como exames de corpo de delito, fossem transportados para a ação penal, numa espécie do contraditório diferido (CHOUKR, 1994).

Infelizmente, a função garantista do juiz ainda não foi bem compreendida, tanto é que algumas leis em nosso ordenamento ainda teimam em dar poderes investigatórios ao juiz, em total descompasso com o sistema acusatório, que prevê como principal pressuposto a separação das atividades de acusar e julgar. Como exemplos, vejamos a posição do juiz nas leis n^{os} 7.716/89, 9.034/95 e 9.296/96 (LOPES JR, 2001).

Na lei n^o 7.716/89, que define os crimes resultantes do preconceito de raça ou de cor, existe a possibilidade do juiz determinar de ofício o recolhimento ou busca e apreensão de exemplares ou a cessação das transmissões radiofônicas ou televisivas, eventualmente utilizadas para a propagação dos aludidos delitos, ainda antes do inquérito policial¹⁴.

¹⁴ Lei n^o 7.716/89

[...]

art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

Prevê, também, a lei nº 9.034/95, que trata dos meios de prova e procedimentos investigativos em relação a crimes praticados por organizações criminosas, a necessidade de diligência realizada pessoalmente pelo juiz, quando o acesso a dados, documentos e informações bancárias, financeiras e eleitorais, viole sigilo protegido pela Constituição ou por lei ¹⁵.

Magalhães Gomes Filho (*apud* LOPES JR, 2001, p. 157) analisando a norma em comento, advoga a inconstitucionalidade do que diz “esdrúxula figura do juiz inquisidor”, por flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório.

Igualmente na lei nº 9.296/96, que trata das interceptações das comunicações telefônicas, existe a possibilidade da interceptação ser determinada de ofício pelo juiz¹⁶, o que, como nos outros exemplos,

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público (destaquei) ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares no material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

[...]

¹⁵ Lei nº 9.034/95

[...]

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz (grifo nosso), adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência (grifo nosso), relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

[...]

¹⁶ Lei nº 9.296/96

[...]

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício (grifo nosso) ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

compromete a inércia jurisdicional e, por conseqüência, a garantia da imparcialidade.

Por fim, outra demonstração de incompatibilidade com o garantismo, por afrontar o sistema acusatório é a possibilidade do juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva do investigado¹⁷.

Concluindo, a função de juiz garante, e como tal afastado da investigação, ainda causa espantos àqueles que pregam o combate ao crime a qualquer custo, pois argumentam que a inércia judicial só faz aumentar a ineficácia do combate ao crime, mas para eles fica a força do magistério de Ada Pellegrini Grinover (1993, p.61) para quem:

A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva – porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo “defesa social” – mostrou toda a sua falácia, transmudando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.

2.2 Direito à segurança

A maioria das Constituições contemporâneas, incluindo a brasileira, asseguram o direito à segurança¹⁸, entretanto compreendê-lo não é tarefa fácil. A noção de segurança é muito ligada com os sentidos, pois se tem ou não sensação de segurança. Um cruzamento de vias bem iluminado, que conte ainda com um carro de polícia estacionado, traz sensação de segurança. Ao

¹⁷ Código de Processo Penal

[...]

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

¹⁸ O direito a segurança e previsto de forma expressa do *caput* dos artigos 5º e 144 da Constituição de 1988.

contrário, um outro cruzamento localizado em um ambiente urbano degradado leva a uma sensação de falta de segurança.

Pode-se dizer, então, que segurança é o direito que todos os indivíduos têm de serem protegidos do medo, em todas as suas formas – medo do abandono, de passar por privações, de agressões, da morte. Dentro desse conceito amplo de segurança é que se insere a segurança pública, que, por determinação de nossa Constituição, deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio¹⁹. É uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Ressalte-se que é criticável a colocação lado a lado da proteção de pessoas e do patrimônio, eis que denota a idéia de que ambos têm a mesma importância, o que não é verdade, já que nada pode ter prevalência ao indivíduo.

Nota-se que o conceito de direito à proteção do medo é insuficiente para o entendimento da definição de segurança pública, uma vez que existem delitos, corrupção por exemplo, que não provocam qualquer medo.

Analisando o direito à segurança, Silmara Revoredo Pereira (2003, p. 67) afirma que ele possuiu duas dimensões:

uma negativa, que se traduz num direito subjetivo à segurança, num direito de defesa perante eventuais agressões dos poderes públicos, e uma positiva, que se revela como direito à proteção por intermédio dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem.

Em seu aspecto positivo, o direito à segurança requer uma atuação do Estado por meio da definição de uma política de segurança.

Assim, destacam-se duas vertentes: por um lado, o direito à segurança, de que todos os cidadãos se beneficiam, deve ser garantido e promovido pelo Estado; por outro lado, a questão

¹⁹ Artigo 144 da Constituição de 1988.

de como essa segurança deve ser exercida, destacando-se o papel das forças de segurança, cujo exercício, no âmbito da investigação criminal é preponderante para a manutenção da segurança pública.

Ana Lucia Sabadel (2000), estudando o direito alemão, também afirma que o direito à segurança tem duas dimensões. Uma externa e outra interna, conforme se relacione com o Estado ou com os indivíduos. A primeira diz respeito à defesa do Estado e à segurança nacional, especialmente nos casos de agressões estrangeiras e a segunda diz respeito à segurança pública, que nada mais é do que uma atividade de prevenção e repressão de condutas definidas como crime, que têm por fim assegurar a pacífica convivência social.

Ao conceito de segurança é inerente a idéia de ordem, no sentido de garantia e preservação de determinada organização social. É justamente nesse sentido que Ana Lúcia Sabadell (2000, p. 54) afirma que:

a segurança possui um caráter eminentemente “conservador”: instituições e direitos existentes são garantidos, se necessário, inclusive com meios repressivos, contra um agressor da ordem estabelecida, que é considerado como “inimigo”.

A compreensão do direito à segurança é facilitada se o analisarmos em conjunto com outro direito fundamental, o direito à vida, por exemplo. Assim o faz Oscar Vilhena Vieira (2006) quando afirma que a Constituição ao assegurar o direito à vida, está impondo a correlata obrigação de não matar, oponível não só aos indivíduos, mas também ao próprio Estado. Aliás, “ao Estado não só está vedado matar, como deve ainda contribuir para que a vida das pessoas não seja colocada em risco pelos demais, bem como promover a sanção daqueles que violem direitos alheios”(VIEIRA, 2006, p.

219). Pode-se dizer, então, que o direito à segurança é um direito que garante outros direitos fundamentais.

Talvez a principal finalidade do direito à segurança, cujo conteúdo não é auto-evidente por ser difuso, seja assegurar que as pessoas não sejam vítimas de crimes, o que é de impossível execução, “enquanto a sociedade for formada por pessoas e não por anjos” (VIEIRA, 2006, p. 219).

É imposição do direito à segurança que o Estado realize ações protetivas no sentido de minimizar a violação dos direitos dos indivíduos. Nesse sentido é o magistério de Oscar Vilhena Vieira (2006, p.219):

Ora, o que se espera do Estado é que opere legitimamente, no máximo de sua capacidade, no sentido de minimizar a violação ao direito das pessoas, agindo tanto no âmbito preventivo quanto punitivo. O termo “minimizar” foi aqui empregado não para aliviar as obrigações do Estado, mas para alertar para o fato de que a segurança total é inatingível. Porém, há um mandato de otimização impulsionando o Estado a fazer todo o possível, dentro dos limites que lhe foram estabelecidos pelo Direito, para assegurar a integridade das pessoas e do patrimônio.

Mais importante que o conceito é entender que o direito à segurança não se coaduna com a violação dos direitos fundamentais. Assim, não se pode admitir que a busca da segurança contrarie o que foi estatuído no pacto social, o que torna criticável qualquer tentativa de considerar como inimigo qualquer indivíduo que viole normas de convivência social²⁰.

Apesar de nossa Constituição não ter deixado dúvida de que o direito à segurança é um direito fundamental, tanto é que ele consta do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, onde são enunciados os direitos fundamentais, ele é pouco estudado, levando à sua incompreensão. É essa incompreensão que

²⁰ Adiante, estudar-se-á a doutrina conhecida por direito penal do inimigo, criada a partir dos ensinamentos de Günter Jakobs.

alimenta o discurso conservador para o qual, no combate ao crime, vale tudo, que direitos humanos somente são válidos para cidadãos de bem e tantas outras idiossincrasias, fruto da falsa crença de que os direitos à segurança e à liberdade são inconciliáveis.

O eterno embate ideológico entre esquerda e direita encontra eco nessa falta de compreensão do direito à segurança, levando a extremos perigosos (CHOUKR, 2002). De um lado estão os defensores das garantias individuais, muitas vezes acusados de serem os culpados pela manutenção de um sistema processual penal fraco. Apesar de geralmente ligados ideologicamente ao que se convencionou chamar de esquerda, por mais paradoxal que pareça, são conservadores em matéria processual penal, em face às objeções que apresentam às tentativas de mudanças da legislação que, no entender deles, ameacem garantias constitucionais.

De outro lado, estão aqueles que defendem a segurança de forma exacerbada que, no limite, são verdadeiros defensores dos autoritarismo estatal. Apesar de, em sua maioria, serem ligados a ideologias conservadoras, tidas como à direita, são os grandes reformistas em matéria penal e processual penal, sempre pregando a necessidade de penas mais severas e a restrição das garantias processuais.

Encarar o direito à segurança sob a óptica do Estado de direito é a única alternativa para a construção de um direito penal e um direito processual penal que equilibre eficiência do ponto de vista criminalístico com o respeito ao indivíduo.

2.3 Combate à criminalidade e à crise no processo penal

Criminalidade e violência são uma das principais preocupações dos cidadãos brasileiros. Para comprovar tal assertiva, que não é particularidade exclusiva do Brasil, não é necessário nenhum dado estatístico, já que o clima de insegurança hoje reinante é estampado todos os dias nos jornais, muitas vezes com a distorção de informações ou estatísticas, o que maximiza o estado de pânico.

Os meios de comunicações têm sua parcela de culpa nessa generalização do medo, pois, muitas vezes, manipulam a indignação moral da população, através da exploração sensacionalista de crimes violentos, tentando promover, na maioria dos casos, alterações legislativas. Outro não é o entendimento de Raúl Cervini (1994, p.54):

El estado subjetivo de inseguridad ciudadano surgido del continuo proceso de interacción imaginativa que se da entre la opinión publicada (principalmente generadora) y la opinión pública (retroalimentada) se traduce inexorablemente en el funcionamiento de la justicia criminal y en la legislación penal. En tal sentido, hemos expresado y procurado probar, que la casi totalidad de las normas últimamente promulgadas o en vías de ello que criminalizan nuevas conductas o incrementan penas, fueron y son sistemáticamente precedidas y acompañadas de intensas campañas de las mass media.²¹

Com o fim desmistificar esse clima de insegurança Leonardo Sica (2002, p. 77-78) menciona uma conta feita por Peter-Alexis Albrecht com dados criminais alemães, cuja passagem merece ser transcrita:

²¹ Tradução livre: O estado subjetivo de insegurança do cidadão surgido do contínuo processo de interação imaginativa que se dá entre a opinião publicada (principal geradora) e a opinião pública (retroalimentada) se traduz inexoravelmente no funcionamento da justiça criminal e na legislação penal. Nesse sentido, temos expressado e procurado provar, que quase todas as normas ultimamente promulgadas ou em vias de serem promulgadas que criminalizam novas condutas ou incrementam penas, foram ou são sistematicamente precedidas e acompanhadas de intensas campanhas dos meios de comunicação.

Difunde-se largamente no país o alarma contra a “escalada da violência”: a cada três minutos se registra um crime violento, que chegaram a 150.000 casos em 1992. Assustador!

Pois bem, considerando-se esse dado e calculando-se o número de minutos por ano e de habitantes no país, chega-se ao resultado de que o risco anual de um cidadão sofrer um crime violento é de 0,187%. Em outras palavras, uma pessoa teria que alcançar os 533 anos de idade para sofrer o primeiro crime. Mesmo considerando-se a cifra negra, esse risco sobe para 0,5625%.

Essa maximização do medo leva a idéia de que o direito penal e processual penal estão em crise. Tal idéia não é nova, pois Galdino Siqueira (*apud* CHOUKR, 2002) já descrevia um quadro de crise na justiça criminal semelhante ao atual – demora na conclusão da peça investigatória, duplicação de atos e a existência de chicana e suborno. Discorrendo sobre essa situação de crise, Fauzi HassanChoukr (2002, p. 19-20) alerta:

A idéia de crise, além de sustentar uma falsa premissa para a solução do quadro problemático, tem um efeito colateral devastador. É, por assim dizer, um raciocínio que induz a uma “volta ao passado”, na busca de uma “época de ouro” onde tudo funcionava a contento quando, por alguma mazela do destino, foi perdido o padrão ideal de funcionamento da máquina judicial. O efeito devastador reside justamente nesse eterno retorno a um passado inexistente, induzindo, até inconscientemente, à rejeição de regras “modernas”, vez que projetadas para um futuro incerto e tenebroso, onde a terra é desconhecida. Daí também se entender o caráter altamente conservador do discurso doutrinário processual penal.

É bom que se diga que essa busca nostálgica do que era bom no passado é arraigada em nossa cultura. Basta citar o discurso quase comum em nossa sociedade de que no passado havia mais respeito e recato, porque a prostituição era confinada em güetos. No que diz respeito à investigação criminal também não é incomum ouvir-se como a investigação era eficiente antes de 1988, quando a Polícia era respeitada (*rectius* temida).

Não há dúvida de que foi esse quadro de crise que possibilitou o surgimento e crescimento do chamado direito penal de emergência, caracterizado pelo alargamento dos limites opressivos e pela redução do Direito Penal a fins meramente punitivos (SICA, 2002).

Compreende-se por emergência penal tudo “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade” (CHOUKR, 2002, p. 05).

Foi sob influência desse direito emergencial que afloraram a maioria dos mais recentes diplomas legislativos que têm reflexos na investigação criminal. A lei dos crimes hediondos²², por exemplo, torna a prisão cautelar quase que um pré-requisito para o regular desenvolvimento da investigação e do processo penal, e mais, não permite a concessão de liberdade provisória.

Outra inovação emergencial, copiada da legislação de combate à máfia na Itália, é a delação premiada. Introduzida em nosso ordenamento pela lei de crimes hediondos, foi posteriormente melhor regulada pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Fauzi Hassan Choukr (2002, p. 193), afirma que essa lei “lei é exemplo vivo da invasão emergencial na cultura do cotidiano, vez que se trata de um incentivo aplicável a qualquer delito, não encontrando mais a limitação material existente na delação prevista na lei de crimes hediondos”.

Em relação à delação premiada, constata-se na prática a sua pouca utilidade, primeiro pela falta de um programa eficaz de proteção a testemunhas e segundo, porque a maioria das delações são obtidas através do

²² Lei nº 8.072/1990

uso da custódia cautelar como meio de obtê-la, “tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha” (BALDAN, 2006, p. 05).

Questiona-se também o valor quase absoluto que é dado à palavra do delator, que motiva, não raras vezes, a prisão de pessoas citadas nas delações para só então investigar a veracidade do que foi dito pelo delator. Nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2006, p. 06), com argumentos irresponsáveis, afirma:

O pior é que o resultado da delação premiada – e talvez a questão mais relevante – não tem sido questionado, o que significa ter a palavra do delator tomado o lugar da “verdade absoluta” (como se pudesse existir), inquestionável. Aqui reside o perigo maior. Por elementar, a palavra assim disposta não só cobra confirmação precisa e indiscutível como, por outro lado, deve ser sempre tomada, na partida como falsa, até porque, em tais hipóteses, vem do “grande bandido”. Trata-se, portanto, de meia verdade e, assim, de uma não verdade, ou seja, uma inverdade, pelo menos a ponto de não enganar que tem os pés no chão; e a cabeça da Constituição.

Têm-se ainda como fruto da emergência processual penal, em nosso ordenamento, a lei de combate ao crime organizado²³ que, segundo Fauzi Hassan Choukr (2002, p.163-164):

subverteu os princípios básicos contidos na Constituição Federal no que tange ao modelo acusatório nas suas variadas faces, como a separação de funções entre a acusação (e a investigação) e o julgamento, imbuindo o juiz de poderes investigativos e afetando desta maneira a produção da verdade processual.

São falaciosos os discursos dos defensores da legislação de emergência que têm por meta acabar com o crime, pois ele sempre esteve e sempre estará presente na sociedade, enquanto ela for formada por homens.

²³ Lei nº 9.034/95

Durkein (*apud* BÁRTOLI, 1993, p.78) inclusive afirma que “ciertas tasas de delincuencia son parte integrante de una sociedade sana”²⁴.

É evidente, entretanto, que a criminalidade não deve ser encarada com naturalidade; porque ela é um fenômeno social disfuncional, mas é preciso ter em mente que sempre se conviveu e sempre se conviverá com o crime, dependendo sua intensidade não só da eficácia ou não dos órgãos repressivos, mas também das condições sócio-econômicas e culturais do momento vivido.

O delito, como fenômeno social, deve ser analisado e combatido da forma menos apaixonada possível, a fim de evitar o equívoco das legislações emergenciais que sempre calcam seus esforços contra a criminalidade organizada, enquanto a sociedade continua atemorizada por outro tipo de criminalidade que é a criminalidade de massa²⁵.

A criminalidade organizada, à exceção do terrorismo, geralmente não causa medo, tanto é que narcotraficantes, muitas vezes, são tidos como benfeitores da comunidade. Winfrid Hassemer (1994, p. 59-60) apresenta as principais características da criminalidade organizada:

- é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados);
- compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular;
- intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas);
- possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço);

²⁴ Tradução livre: certas taxas de delinquência são parte integrante de uma sociedade sã.

²⁵ Denominação usada por Winfried Hassemer (1994).

- dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

O problema brasileiro, onde felizmente não há terrorismo, é que o medo é maximizado pela exploração da criminalidade de massa, representada por roubos, furtos em residência, homicídios e estupros. É essa criminalidade que alimenta o vigor legislativo.

Acontece que as leis emergenciais criadas muitas vezes após forte comoção social, são destinadas mais ao combate da criminalidade organizada do que à criminalidade de massa. Esse é o paradoxo brasileiro: ter a pretensão de combater a criminalidade organizada, sendo incapaz sequer de investigar os crimes mais comuns. Não é de hoje que furtos de veículos e de bicicletas são apenas administrados e não mais combatidos.

Observações prolongadas, agentes infiltrados, delação premiada e outros meios modernos de investigação só ajudam ao combate da criminalidade de rua, que nos aflige, se esta se reveste de forma organizada, o que não acontece na maioria dos casos. Para tais crimes, melhor efeito teria uma maior preocupação com o aparelhamento dos órgãos científicos de investigação criminal, há muito relegados a um segundo plano.

É também o discurso de emergência um dos legitimadores da pretensão do Ministério Público brasileiro em realizar atividades investigativas diretamente; eis que os defensores dessa idéia dizem que o Ministério Público teria condições melhores que a polícia para investigar organizações criminosas, porque seria menos suscetível a pressões políticas e econômicas²⁶.

Coaduna-se, ainda, com o discurso de emergência a teoria alemã que se convencionou chamar de direito penal do inimigo, a qual ganhou muita

²⁶ Nesse sentido Aury Lopes Júnior (2001, p. 61 e s.)

força, após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América. O estudo dessa teoria é conveniente, porque vivemos numa época, que muitos denominam pós-modernidade, em que nenhum país consegue permanecer isolado, tendo em vista o globalismo reinante.

Os fenômenos da globalização econômica e integração supranacional que obrigam o Estado a ceder parcela de sua soberania para uma comunidade globalizada, refletem no Direito, que, na concepção reinante, não pode servir de obstáculo à nova ordem. Assim, no âmbito do direito penal condutas que eram criminosas deixam de ser e condutas não tipificadas passam a ser consideradas como crime para fazer frente à criminalidade globalizada. Traço característico da criminalidade globalizada é sua capacidade de desestabilização dos mercados e forte poder de corromper funcionários públicos e governantes (SÁNCHEZ, 1998).

Critica-se esse direito penal e processual globalizado de ser pouco garantista. São, nesse sentido, os argumentos de Jesús-Maria Silva Sánchez (1998, p. 66):

Mi hipótesis es que el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.²⁷

²⁷ Tradução livre: Minha hipótese é que o Direito penal da globalização e da integração supranacional será um Direito desde logo crescentemente unificado, mas também menos garantista, uma vez que nele se flexibilizarão as regras de imputação e serão relativizadas as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Neste ponto, portanto, o Direito penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis que tratam da luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.

O chamado direito penal do inimigo surgiu em 1985, a partir das idéias de Günter Jakobs, expostas num congresso de professores de direito penal alemães em Frankfurt (APONTE, 2004).

Em breves linhas o direito penal do inimigo é caracterizado pela divisão do direito penal em dois. O primeiro seria o direito penal do cidadão, na qual o autor do delito é visto como pessoa, devendo, portanto, ser respeitado e contar com todas as garantias de penais e processuais. O direito penal do cidadão seria um direito geral, destinado àqueles que, mesmo após a prática de delitos, oferecem garantias que continuarão a se portarem como pessoas, respeitando o Direito (GOMES, 2004).

Já o direito penal do inimigo, pelo contrário, seria destinado aos criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outros delitos tidos por Jakobs como perigosos, uma vez que quem pratica tais crimes afasta-se do direito e não oferece garantias de que voltará a respeitá-lo, deixando portando de ser cidadão para tornar-se inimigo da sociedade (GOMES, 2004).

Note-se que o direito penal, dentro do concebido por Jakobs, é caracterizado pela imagem que parte do autor, podendo vê-lo como cidadão ou inimigo. A esse respeito, Luís Greco (2005, p.82) afirma que:

O direito penal pode ver no autor um *cidadão*, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um *inimigo*, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. O direito penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal do cidadão otimiza esfera de liberdade.

Do raciocínio de Greco extrai-se que o direito penal do inimigo promove a coisificação do indivíduo rotulado como inimigo, retirando-lhe o *status* de pessoa. A partir daí, está aberta a porta para arbitrariedades tidas como legítimas, já que aqueles que estão submetidos a elas não são considerados pessoas e sim coisas.

É profunda a relação do direito do direito penal do inimigo com o estado de emergência, até porque o direito penal do inimigo só se mostra legitimável, segundo Jakobs (*apud* GRECO, 2005), enquanto um direito de emergência, vigendo em caráter excepcional e ainda separado do direito penal do cidadão.

Para demonstrar esse relacionamento basta mencionar que de 1985 até a virada do milênio, o direito penal do inimigo foi uma figura quase ignorada, ganhando força somente após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, ao World Trade Center em Nova Iorque, já que foi uma das bases teóricas encontradas pelo governo estadunidense para legitimar a sua forma de combate ao terrorismo, da qual as prisões na base de Guantanamo são exemplos. Tanto isso é verdade, que o próprio Jakobs (*apud* Gomes, 2004) cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como típico ato de manifestação de inimigo.

Um dos principais inconvenientes na aceitação do direito penal do inimigo é que, com certeza, o combate ao inimigo será utilizado como desculpa para controlar a criminalidade comum; porque se buscará sempre associar a conduta de pessoas submetidas à investigação a atos de inimigo, já que despido da qualidade de cidadão, o investigado deixará de ser sujeito de

direitos para tornar-se simples objeto da investigação, o que, sem dúvida, facilita assim o trabalho do investigador. Justamente é essa a preocupação de Paul Chevigny (2004, p. 387) que acusa o governo americano de ter-se aproveitado do medo coletivo gerado pelos ataques terroristas para assumir o controle sobre as pessoas e a política americana. Afirma o respeitado professor de direito penal da Universidade de Nova Iorque que:

Embora tenham sido tomadas várias ações contra estrangeiros e terroristas estrangeiros desde 11 de setembro, penso que o propósito de controlar a população americana e colocar em prática uma agenda doméstica repressiva está clara. E esta agenda foi colocada em prática por meio de limitações à privacidade e, em geral, aos direitos dos suspeitos, por meio da massiva discriminação contra estrangeiros de origem islâmica e árabe, pelas perseguições repressivas e por meio da interferência do direito ao *habeas corpus*.

A despeito de todas as bases filosóficas²⁸ que possam ser apresentadas para justificar o direito penal do inimigo ele não pode ser aceito num Estado que se diga democrático de direitos. Isto porque o Estado não pode escolher quem deva ou não possuir dignidade sob pena de violar a razão, cuja principal finalidade, na lição de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 67):

é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou mero instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios que devem ser respeitados. Esta é a segunda formulação do imperativo categórico que encontramos na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de Kant: “Age de tal forma que trates a Humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como fim e jamais como meio”.

²⁸ Luiz Flávio Gomes (2004, p 1 e 2) apresenta os que seriam os fundamentos filosóficos do direito penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo dever morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

Mencione-se que a escolha de inimigos sempre permeou a história da Humanidade. Em Roma, os inimigos eram aqueles que praticavam crimes de lesa-majestade; na Idade Média, foram as bruxas e os hereges; no nazismo, os judeus. Assim, não é demais imaginar que pobres e marginalizados venham, em futuro breve, ocupar o lugar de inimigo hoje reservado a terroristas e narcotraficantes.

Buscou-se demonstrar com o estudo superficial de algumas das principais tendências no combate da criminalidade que não existem formulas mágicas para se acabar com o crime, que, como visto, sempre fez e sempre fará parte da história da humanidade.

Qualquer que seja a forma adotada de combate ao crime deve ser ela livre o mais possível de nossas paixões. Só o combate ao crime baseado em termos racionais, pode ter êxito. E o mais racional dos sistemas penais é aquele que restringe todas ações – quer seja na investigação de um delito, quer seja na aplicação da pena – que não tomem a pessoa como fim.

CAPÍTULO 3

O INVESTIGADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Durante muito tempo o processo penal, ao tratar o investigado como simples objeto da investigação criminal, praticamente lhe retirou a condição de pessoa. Basta recordar toda sorte de torturas que mancham a história da investigação criminal. Modernamente, persistem as mesmas idéias com outra roupagem. O direito penal do inimigo, estudado superficialmente no capítulo anterior, busca justamente fazer com que o investigado volte a ser somente objeto.

A investigação nunca pode ter o indivíduo como objeto, até porque objeto da investigação criminal “é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase” (LOPES JR, 2001, p.161). Ou em outras palavras, o objeto da investigação é o crime e nunca o criminoso. É a partir do crime que se chega ao criminoso e não o contrário, como infelizmente alguns ainda tentam insistir.

Entre nós, foi a Constituição de 1988 que deu novo *status* ao investigado atribuindo-lhe essa condição de sujeito de direitos, já que estabeleceu, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, que também pretende ser um Estado Democrático de Direito.

A menção à dignidade da pessoa humana aparece uma única vez no texto constitucional. Ao contrário de outros direitos, ela não é declarada de

forma expressa como um direito subjetivo. A esse respeito, Oscar Vilhena Vieira (2006, p.63) argumenta que:

Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada 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. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

Essa multidimensão da dignidade demonstra que ela é um princípio que vai se irradiar por todo o edifício legal construído a partir de 1988. A primazia que foi dada à proteção da dignidade humana como valor fundante do Estado Brasileiro significa, conforme ensinança de Cármen Lúcia Antunes Rocha (*apud* MARTINS, 2002, p.78) que:

O Estado existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins: que seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e suprema posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Compreender o que é dignidade e o porquê dela ser abordada neste estudo não é tarefa da mais fáceis. Por alguma razão, temos a capacidade de controlar os instintos que nos levam a agir em busca da maximização de nossos interesses primários. É essa aptidão de agir buscando não só o nosso interesse, mas também aquilo que se julga correto em relação aos demais indivíduos que nos separa dos animais (VIEIRA, 2006). “A idéia de dignidade está, portanto, vinculada a nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar pelas nossas paixões” (VIEIRA, 2006, p. 65).

É a razão que nos permite enxergar o outro como indivíduo e não apenas como um instrumento para consecução de nossos interesses. Essa forma de dispensar respeito ao outro, ou, numa linguagem cristã, tratá-lo como a si mesmo, leva a idéia de que as pessoas têm dignidade pelo simples fato de serem pessoas. Seria, então, a dignidade uma característica intrínseca do ser humano. Nesse sentido, como diz Vieira (2003, p. 65), a razão torna possível a construção dessa idéia de dignidade ao:

habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados. Esta é a famosa segunda formulação do imperativo categórico que encontramos na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de Kant: “Age de tal forma que trates a Humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como fim e jamais como um meio.

Tentar negar dignidade ao outro tem sido um traço característico da humanidade. Foi assim na escravidão, no holocausto e em relação aos direitos das mulheres. Somente à custa de lutas e sacrifícios é que esses excluídos do convívio social conseguiram ter direito à dignidade ainda que formalmente.

Por muito tempo também, o processo penal, principalmente na investigação criminal, ao eleger a busca da verdade como valor objetivo supremo, negou dignidade ao indivíduo a ele submetido.

A primazia que foi dada à dignidade da pessoa humana pela Constituição reflete-se por todo o direito, de modo que não é possível coisificar o investigado, despindo-lhe de direitos. Por mais atroz que tenha sido o crime, não perde o investigado a condição de pessoa, tendo, por consequência, direitos. Na investigação criminal, a dignidade da pessoa

humana é o limite ao interesse público relacionado ao poder punitivo do Estado, na busca da verdade sobre a alegada prática de condutas criminalizadas.

Desse modo, ao inquérito policial, que é entre nós um quase sinônimo de investigação, compete resguardar, na prática, a dignidade do investigado. Seria o inquérito policial, sob essa óptica, o instrumento de ponderação entre interesse público de desvendar um delito e os direitos do indivíduo sob o qual recaia a investigação. Cabe ao inquérito fazer que a investigação seja eficiente, restringindo o mínimo possível os direitos do investigado, a fim de preservar a sua dignidade.

Assim, dizer que o investigado é mero objeto, como o faz Tourinho Filho (1990) ao tentar justificar a ausência de contraditório no inquérito policial, soa como um disparate ante a nova ordem constitucional. Sobre essa questão argumenta Renato de Oliveira Furtado (2000, p. 4):

Dizer, a doutrina dominante, que o cidadão indiciado é apenas objeto de investigação e não sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido, é o mesmo que dizer que o inquérito policial é seara onde a Constituição não pisa, e fôro onde o direito bate em portas lacradas.

É com esse pensamento que se passará ao estudo de institutos que possibilitam a inquérito policial ser esse instrumento de realização da dignidade da pessoa humana.

3.1 Limites constitucionais à investigação

Buscar o esclarecimento de um delito a qualquer custo implicaria colocar em risco valores de extrema importância não só para o indivíduo, mas para sociedade como um todo. Assim, quem investiga não pode ter poderes ilimitados, muito pelo contrário, sua ação deve ser pautada pela legalidade. O investigador pode utilizar-se somente dos meios que a lei permite, ao contrário do investigado que pode fazer tudo o que ela não proíba. Essa aparente desigualdade, na verdade, é uma forma de realização da igualdade material, já que é evidente o desequilíbrio de forças entre o Estado e o investigado.

É a própria constituição que delinea quais são esses limites, ao prever a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e ao fixar direitos e bens que são invioláveis.

No que diz respeito às provas ilícitas, pode aparentar desnecessário abordar tal assunto num trabalho que tem por enfoque a investigação criminal, por parecer ser um tema mais relacionado com o processo propriamente dito. Entretanto, a menção não só é oportuna, com também necessária, já que a maioria das provas ilícitas têm origem em meios espúrios de investigação.

Prevista no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição (art. 5º, LVI) a negação de admissibilidade, no processo, às provas obtidas por meios ilícitos, segundo Marco Antonio de Barros (2002, p.218):

Cuida-se de uma norma que produz reflexos na busca da verdade, notadamente por estabelecer parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que visam desvendá-la, que se coadunam com o espírito de legalidade e moralidade dos atos praticados pela Administração Pública.

É certo que essa garantia constitucional evidencia que nenhuma investigação pode buscar a verdade a qualquer preço e que, em se tratando de investigação criminal, os fins nunca justificam os meios.

São tidas como ilícitas aquelas provas produzidas a partir da violação de direitos fundamentais da pessoa, que como medida protetiva receberam o caráter de invioláveis pela Constituição; têm esse caráter: a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, XII); a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI); a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII); a vedação da tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); e o amparo a integridade física e moral do preso (art. 5º XLIX) (FERNANDES, 2002).

Inúmeras implicações são derivadas do tema provas ilícitas não sendo possível fazer um estudo mais detalhado neste trabalho²⁹, apesar do surgimento no decorrer do texto de exemplos de condutas investigativas que resultam na ilicitude da prova.

Uma das grandes questões que derivam do tema em análise é a possibilidade de, em alguns casos, as provas ilícitas serem aceitas no processo, em face da construção da chamada teoria da proporcionalidade, que, sinteticamente, autoriza a utilização de determinada prova obtida por meio ilícito quando a ofensa a determinada inviolabilidade constitucional é feita para proteger um valor maior também garantido pela Constituição (FERNANDES, 2002).

²⁹ A respeito das provas ilícitas ver Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 127-143).

O que precisa ficar claro é que ao investigador, até por uma razão instrumental, de nada adianta recorrer a meios de prova ilícitos para tentar conseguir evidências de um delito, já que essas evidências não poderão ser aceitas no processo. Uma investigação levada a efeito nesses moldes, além desrespeitar o indivíduo é ineficaz, já que a desconsideração constitucional pelas provas ilícitas, não permite que delas seja extraído qualquer benefício que ajude no esclarecimento da verdade.

Com certeza, essa posição de negar valor às provas ilícitas e assim tentar distanciar a investigação da busca de tais provas não é imune de críticas, até porque existem aqueles que entendem que ilícitos são os meios de obtenção e não as provas. Por esse raciocínio, pune-se quem produziu a prova através de meio ilícito, mas utiliza, em todos os casos a prova produzida ilicitamente no processo. Esse é o entendimento defendido por Marcelo Batlouni Mendroni (2002, p. 215-216) que merece ser transcrito:

Por conclusão e por evidente, as provas não são lícitas ou ilícitas – simplesmente são eficazes ou não para demonstrar a verdade da existência de outro fato. O que pode ser lícito ou ilícito são os meios através dos quais se chega àquela prova. Ora, se as provas demonstram ou não a verdade ou a existência de outro fato – é de se concluir que em nome do Princípio Processual – A busca da verdade real – todas – absolutamente TODAS as provas, indistintamente deveriam, *a priori* ser admitidas, independentemente do meio lícito, – criminoso ou não – de como foram obtidas. Decorre daí que, aquele que produziu uma prova através de um meio ilícito – ou criminoso, evidentemente praticou um ato ilícito (civil) ou típico (penal) e portanto deverá ser responsabilizado pelos mesmos. Em outras palavras, se o meio utilizado pelo agente (seja Advogado de defesa, o Assistente de acusação ou Promotor de Justiça) constitui-se em uma outra conduta – que, sendo ilícita, deve ser devidamente apurada – mas à parte –; enquanto aquela prova obtida deve valer sempre e ser admitida nos autos do Processo para fins de demonstração da verdade real.

Parece que argumentos desse tipo não podem ser aceitos, eis que são roupagens sofisticadas para velho discurso de que “os fins justificam os meios”. Não se pode tratar de temas tão caros ao indivíduo com tanta naturalidade. É simplista a tese da dupla sanção, pune-se quem produziu a prova e mesmo assim dela se utiliza para punir o autor do delito. Terrível seria a consequência da adoção desses argumentos na cultura de investigação, ainda mais que, vez por outra, o Estado ainda teima em tornar-se o temível Leviatã. Eventuais situações que envolvam a utilização de provas ilícitas, desde que sejam dramáticas, devem ser resolvidas no caso em concreto. Ter uma fórmula matemática para aceitação das provas ilícitas só contribui para a institucionalização de métodos de investigação incompatíveis com um processo penal constitucional.

A segunda forma de limites à investigação criminal é constituída por aqueles bens e direitos aos quais a Constituição deu *status* de invioláveis. “Inviolabilidade é termo derivado do latim *inviolabilis*, que quer dizer respeitado, livre, que não se quebra” (Barros, 2002). Trazendo esse conceito para a Constituição, pode-se dizer, então, que inviolabilidade é o atributo conferido a alguns direitos pela própria Constituição, por tê-los considerado de especial valor, que os protege de violação. São exemplos de direitos com esse *status*, além de outros, a intimidade, vida privada, honra, imagem e a casa das pessoas; o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (BARROS, 2002).

O primeiro desses direitos de que trata a Constituição é aquele que garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da

imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF). A intimidade seria o gênero que abarca em seu conceito as outras menções constitucionais – vida privada, honra, imagem e até mesmo a proteção ao domicílio. Reconhecido como um direito da personalidade que, no dizer de Celso Lafer (1988, p. 239):

Tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.

Trata-se de um preceito constitucional, cuja amplitude ainda não está bem delimitada, uma vez que foi introduzido em nosso ordenamento somente com a Constituição de 1988. A interpretação equivocada desse direito pode levar a dois extremos indesejáveis. De um lado, o excesso na sua amplitude pode servir de escudo a infratores da lei penal. De outro lado, sua restrição exagerada pode ocasionar violenta invasão do Estado na vida do indivíduo.

Há que se ter em mente que a intimidade do investigado não pode ser considerada como um direito absoluto, pois isso faria desmoronar toda nossa estrutura de persecução penal. Entretanto impõe-se que ao investigar não se devasse a intimidade do investigado desnecessariamente e, quando seja imprescindível a sua mitigação, isso deve ocorrer na menor medida possível (BARROS, 2002).

Outro direito a que a Constituição dá o *status* de inviolável é o direito à privacidade domiciliar. Prevê o inciso XI, do artigo, 5º da CF que:

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

A proteção que se dá ao domicílio encontra origens do direito britânico (TUCCI, 2004) e possibilitou o surgimento de preocupações

doutrinárias e pretorianas que ajudaram ao reconhecimento do direito à intimidade (LAFER, 1988). A rigor, a inviolabilidade do domicílio é um corolário do direito à intimidade.

De início, é necessário atentar para a elasticidade do que se entende por casa, para fins de reconhecimento da inviolabilidade. Nesse sentido, são oportunas as colocações de Cleonice A. Valentim Bastos Pitombo (*apud* TUCCI, 2004, p. 399) que diz abranger:

(a) a habitação definitiva ou morada transitória; (b) casa própria, alugada ou cedida; (c) dependência da casa, sendo cercada, gradeada ou murada; (d) qualquer compartimento habitado; (e) aposento ocupado de habitação coletiva, em pensão, hotel casa ou pousada; (f) estabelecimento comercial e industrial, fechado ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; (h) barco, *trailer*, cabinas de trem ou de navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal.

Não se trata de um direito absoluto, já que a própria Constituição prevê hipóteses em que a inviolabilidade submete-se à superioridade de outras situações, tidas como preponderantes. Fala-se, aqui, da situação flagrancial, do desastre, da prestação de socorro ou da prévia determinação judicial, esta última somente durante o dia.

Inovou a Constituição de 1988 ao exigir determinação judicial para a intrusão domiciliar diurna. Até então, era possível a realização de busca domiciliar independentemente de autorização judicial, permitindo que autoridade policial realizasse a busca pessoalmente ou expedisse mandado para tanto³⁰.

³⁰ Artigo 241 do CPP: Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

De inegáveis reflexos na investigação criminal, a jurisdicionalização da proteção ao domicílio até hoje causa de inconformismo no meio policial, já que é apontada como inovação que trouxe embaraços à investigação. Prova desse inconformismo é a existência de proposta de emenda constitucional, em trâmite no Congresso Nacional, que prevê a possibilidade da autoridade policial voltar a realizar busca domiciliar *sponte própria*³¹.

Consigne-se que a inovação constitucional foi acertada, tendo sido um dos passos mais importantes na criação de um modelo de processo penal garantista. É inconcebível, sob uma óptica garantista, que medidas investigativas que restrinjam direitos fundamentais sejam determinadas sem o crivo judicial; uma vez que compete ao magistrado o papel de garantidor dos direitos fundamentais. Impossível, deste modo, uma volta ao velho regime.

Deve o juiz, no caso concreto, verificar se a restrição ao direito individual é indispensável para a investigação (TUCCI, 2004). Por se tratar de medida cautelar, exigem-se os requisitos do *periculum in mora* e de *fumus boni jûris* (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997).

A demonstração do perigo da demora não traz muitas dificuldades. “Normalmente a busca na pessoa suspeita ou residência deve ser realizada com urgência, sob o risco de se perderem os vestígios do crime, relevantes para a demonstração do corpo de delito” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 168-169).

³¹ PEC 512-02. Dá nova redação ao inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, restabelecendo o poder da autoridade policial de expedir mandado de busca e apreensão domiciliar.

Um pouco mais complicado é o reconhecimento do *fumus boni jûris*. Para tanto é necessário a apresentação na representação de indícios, por mínimos que sejam, que tornem aceitável a decretação da busca domiciliar. Nesse passo, representações vagas, com a simples alusão ao recebimento de denúncia anônima, não podem ser deferidas.

Infelizmente, muitos juízes ainda não compreenderam sua importante função. Alguns se limitam a apenas chancelarem representações de busca domiciliares, inclusive subscritas por órgãos sem atribuição investigativa³², não realizando qualquer ponderação entre os interesses em jogo. Outros evitam, a todo custo, decidirem incidentes na investigação, insistindo, por exemplo, nas Comarcas em que há mais de uma vara judicial, pela distribuições das representações de mandados de busca de domiciliar. Anote-se que a distribuição burocratiza o procedimento e torna preventivo para eventual processo o juiz que autorizou a medida, ao inverso do que aconteceria se existisse a figura do juiz da investigação.

Ainda sobre a jurisdicionalização da autorização para busca domiciliar, Nilo Batista (1990, p. 115) rebate a alegação de dificuldade do trabalho policial, pontificando:

O que mudou? Nos bairros ricos, nada mudou. Lá, a casa sempre foi o asilo inviolável do indivíduo; lá a polícia jamais foi entrando, pé na porta, em todos os apartamentos de um prédio até descobrir alguma coisa ou alguém. Lá, para uma busca domiciliar existe sempre a investigação anterior que forneça um volume aceitável de indícios para autorizá-la. E nas favelas, ou nos conjuntos habitacionais mais pobres? O trabalhador e sua família estiveram sempre expostos a uma visita sem anúncio, a ver sua casa toda revirada, objetos quebrados, e nem ao menos um pedido de desculpas.

³² É o caso da concessão de mandado de busca domiciliar em representações formuladas por policiais militares.

Não, não é o trabalho policial que ficou mais difícil com a nova Constituição. Difícil mesmo para algumas pessoas é tratar da mesma forma o apartamento de luxo e o barraco, é considerar que ambos são, igualmente, o asilo inviolável do indivíduo.

Outra questão relacionada com a investigação criminal é a possibilidade de ingresso domiciliar em casos de flagrante delito. Interessa ressaltar que argumentar ser a escusa constitucional, para a ausência de autorização judicial, invocável somente nos casos em que a situação flagrancial se confirmou após o ingresso, é tornar inócua a disposição constitucional, pois instituiria uma loteria em que o executor da medida ora seria herói ora seria criminoso. A interpretação mais acertada parece ser a de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 169):

Mais dificultosa é a avaliação nas hipóteses em que o agente ou a autoridade policial, por suspeita de flagrante, deva ingressar no domicílio sem mandado. Nessas situações, haverá necessidade de informes que façam surgir razoável convicção da prática delituosa. Deve-se supor, com base em dados obtidos previamente, que a coisa ou pessoa procurada se encontra naquela determinada residência.

[...]

Não se exige, contudo, que a diligência seja cercada de êxito, com a conseqüente apreensão da pessoa ou coisa procurada. É suficiente ter a autoridade, antes do ingresso, razoáveis motivos para suspeitar da ocorrência de crime e forte convencimento de que irá apreender determinadas coisas ou pessoas necessárias à demonstração da prática ilícita.

Para finalizar, há que se dizer que a busca domiciliar realizada de forma ilegal torna ilícita eventual prova nela obtida. A busca ilegal não é só aquela realizada sem autorização judicial, mas também aquela executada por órgão despido de função investigativa³³.

Ainda com o escopo de assegurar a proteção da intimidade, a Constituição assegura ao indivíduo “a liberdade de contatar com outras

³³ Essa questão será objeto de análise quando se tratar do investigador natural (item 3.4)

peças sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova contra a sua pessoa” (FERNANDES, 2002, p. 93), prevendo para tanto a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

Sigilo é a proteção do segredo, ou seja “o instrumento de que se servem os interessados para manter íntegro o desconhecimento de um fato. Com o rompimento do sigilo opera-se a revelação do segredo” (BARROS, 2002, p. 225).

A proteção constitucional abrange a informação de uma pessoa para outra transmitida por carta, telégrafo, pelo telefone, e que deve ser mantida em segredo entre os interlocutores.

Ocorre que o conteúdo da informação protegida pelo sigilo pode conter prova criminal se o conteúdo chegar ao conhecimento do responsável pela investigação. Caso seja o próprio beneficiário do sigilo que faça a revelação, logicamente, não há qualquer violação ao mandamento constitucional, ao contrário de quando a violação for feita pelo destinatário da informação ou por terceiro (BARROS, 2002).

Uma interpretação literal da normativa constitucional³⁴ leva à conclusão de que a única exceção ao sigilo seria a das comunicações telefônicas, cujo procedimento de interceptação foi regulado pela Lei nº 9.296, de 24.07.1996, pois os demais seriam protegidos de forma absoluta pela Constituição, não podendo jamais ser violados. Contra tal posição insurgem vozes de peso (BARROS, 2002; FERNANDES, 2002) que defendem

³⁴ inciso XII, do art 5º. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

a possibilidade do juiz determinar em determinados casos, de especial gravidade, a violação legal do sigilo da correspondência ou das comunicações telegráficas e de dados, ponderando a preservação dos sigilos com a necessidade de se investigar um fato criminoso.

Realmente parece ser esse o entendimento mais acertado, até porque não se vislumbra um motivo que tenha levado o legislador constituinte a dar maior proteção a determinado meio de transmissão de informação.

O inc. XII, do artigo 5º, também preserva o sigilo dos dados. Em uma interpretação restritiva dados seriam somente os registros constantes do computador de uma pessoa. Já numa interpretação mais ampla, compreenderiam até as anotações de um diário. A esse respeito, Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 94) afirma que:

De qualquer forma, estas anotações, se não amparadas por esse inciso, estão acobertadas pela proteção genérica da intimidade e da vida privada do inciso X. A utilização como prova do dado protegido pelo sigilo depende da aceitação do princípio da proporcionalidade, que a justificaria para preservar outro valor amparado constitucionalmente e de maior relevância.

Diga-se que, “também no tocante aos dados é prudente minimizar o rigor da norma, de maneira a considerar referido sigilo igualmente tangível à ordem judicial” (BARROS, 2002, p. 229)

Questão importante no que diz respeito ao sigilo das comunicações telefônicas é saber se esse sigilo abrange também os dados cadastrais dos assinantes de linhas telefônicas e históricos de chamadas, ou se limita ao teor das conversações. Na prática, as empresas de telefonia têm se recusado a fornecer tais dados, a não ser que seja por requisição judicial.

O acesso a dados cadastrais revela-se, por vezes, de valor imprescindível para as investigações. Um singelo exemplo é um delito de ameaça cometido através de telefone. Com a disseminação do serviço de identificação de chamadas, é comum que o número do telefone do qual partiu a ameaça fique registrado no aparelho telefônico da vítima, o que faz necessário que o investigador consulte a empresa de telefonia para saber a quem pertence o telefone utilizado para o delito. Em face das sistemáticas recusas das empresas em fornecê-los, foi criado um sistema de senhas, as quais são concedidas às autoridades policiais, após autorização judicial, possibilitando o acesso de forma genérica a dados cadastrais e históricos de chamadas.

Em relação a esse procedimento, duas colocações têm que ser feitas. Primeiro se os dados cadastrais e os históricos de chamadas são abrangidos pela proteção constitucional à concessão de autorizações genéricas e sem limitações, como é o caso das senhas, afronta a Constituição, eis que torna nulo o sigilo por ela garantido. Segundo, se o sigilo não abrange os dados cadastrais e os históricos de chamadas não é lícito às empresas de telefonia recusarem-se a fornecê-los; eis que o inciso III, do artigo 6º do CPP, determina que a autoridade policial colha todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato.

Quer nos parecer que, no tocante aos dados cadastrais, realmente não há qualquer violação a sigilos constitucionais, nada impedindo que a autoridade policial tenha acesso a eles diretamente no curso de uma investigação, até mesmo antes de instauração de inquérito policial. Dúvidas,

entretanto, surgem em relação ao histórico de chamadas. Se de um lado aparenta que normativa constitucional teve por escopo somente a proteção de teor das conversações, por conseqüência, não os abrangendo. De outro, proteção genérica da intimidade, parece abarcá-los, o que faz com que a controvérsia tenha que ser resolvida pela ponderação dos interesses, o que num sistema garantista deve ser feita pelo juiz.

Ainda em relação à interceptação das comunicações telefônicas é digna de crítica a impossibilidade, ante ao disposto na Lei nº 9.296/96 que a regulamenta, de ser autorizada essa via investigativa quando se tratar de crime punido com detenção. Utilizar-se da gravidade da pena como parâmetro para a autorização da interceptação, não é o melhor critério, porque exclui da quebra de sigilo infrações costumeiramente praticadas com o auxílio do telefone, como é o caso do crime de ameaça e da contravenção de jogo do bicho (BARROS, 2002).

Outra limitação à investigação criminal é a proteção que se dá ao sigilo bancário, cuja preservação encontra respaldo constitucional não expreso, mas decorrente da proteção que se dá à intimidade. “O bem da vida aqui protegido consiste na não divulgação de fatos relacionados com os negócios realizados pelo cliente e na descrição de sua condição financeira ou econômica” (BARROS, 2002, p. 246).

É incontroverso tratar-se de uma inviolabilidade não absoluta, sujeita, como as outras inviolabilidades constitucionais, à ponderação entre à intimidade e o interesse público.

O debate em torno do sigilo bancário avolumou-se após o advento das leis complementares 104 e 105/2001³⁵, que autorizam a autoridade administrativa requisitar informações a instituições financeiras sem o crivo do Poder Judiciário (SILVA; ROCHA, 2004).

Urge que os dispositivos acima mencionados sejam declarados inconstitucionais por afronta ao princípio da intimidade. Ademais, como tem sido exaustivamente repetido nesse trabalho, medidas restritivas de direitos fundamentais só podem ser autorizadas pelo Poder Judiciário. Censurável, também, é o fato de que referidas exceções ao controle do judiciários, têm por finalidade dotar o Estado de melhores instrumentos para a arrecadação de tributos, fins nada nobres para justificar a restrição de direitos, para os quais a Constituição reservou especial valor.

Nesse diapasão, também são ilegítimas as investidas do Ministério Público em invocar o disposto no artigo 129, VIII, da Constituição³⁶, bem como previsões da lei complementar n° 75/93³⁷ para argumentar que possui legitimidade para requisitar diretamente informações sobre movimentação

³⁵ A lei complementar n° 104/2001 alterou o artigo 198 do Código Tributário Nacional, que tratava do intercâmbio de dados sigilosos no âmbito da Administração Pública, inserindo novos parágrafos que conferem à autoridade administrativa a possibilidade de requerer diretamente dados sigilosos, exigindo apenas a instauração de regular procedimento administrativo. Já a lei complementar n° 105/2001 tentou deixar a cargo do Poder Executivo as hipóteses de afastamento do sigilo. Segue-se dois artigos dessa lei:

Art. 5° O Poder Executivo inclusive, quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Art. 6° As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

³⁶ Dispõe que dentre as funções institucionais do Ministério Público compete expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma de lei complementar.

³⁷ É a Lei Orgânica do Ministério Público da União e prevê a possibilidade do Ministério Público da União, nos procedimentos de sua competência, requisitar informações e documentos a entidades privadas e ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

financeira de pessoas sobre investigações. Infelizmente, o Plenário do STF, em 05.10.2005, decidiu por maioria de votos no Mandado de Segurança nº 21.729 que o Ministério Público teria legitimidade para requisitar informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário, a fim de instruir procedimentos de suas competência (SILVA; BARROS, 2004).

Questiona-se, assim como no sigilo das comunicações, se é necessária autorização judicial para o acesso aos dados cadastrais de clientes de instituições bancárias. Nesse ponto, concordamos com Marcelo Batlouni Mendroni (2002, p. 296), pois “o que se protege no sigilo bancário é somente a movimentação financeira do investigado”, possibilitando, portanto, que na investigação se tenha acesso aos dados cadastrais sem necessidade de autorização judicial.

O que precisa ficar claro, quando se trata de investigação criminal, é que a Constituição ao eleger a dignidade com postulado fundamental, impõe que os meios de investigação não desrespeitem esse princípio. Assim, qualquer meio de investigação que ofenda a intangibilidade corporal ou moral da pessoa, sua dignidade, seus direitos à intimidade e à vida privada não podem ser admitidos. É certo que alguns desses princípios podem ser restringidos, mas nunca anulados; mas, mesmo nesta hipótese, têm igual peso quando em confronto com o interesse público relacionado ao poder punitivo estatal, do qual a investigação criminal é uma forma de manifestação. E mais eventuais restrições só podem ser determinadas por decisão judicial. Oportunas são as palavras de Maria Lúcia Karam (1995, p. 190):

Na busca da verdade sobre a alegada prática de condutas criminalizadas, devem ser igualmente vedados os meios que,

como investigações genéticas, implicam em intervenção coercitiva sobre o investigado, tampouco sendo admissíveis, a princípio, meios que, atingindo a esfera de privacidade da pessoa, como as quebras de segredos sobre dados pessoais, ou as escutas telefônicas, a vigilância audiovisual e outras formas de observação à distância (a configurar a “grande escuta” de que nos fala Hassemer), violam limites mínimos de garantia da liberdade individual, da intimidade e da própria personalidade.

Em relação à intangibilidade do corpo humano, merece menção a decisão do Supremo Federal (STF, HC 71.373-4-RS) que concedeu ordem de *habeas corpus* para impedir que um réu de uma ação de investigação de paternidade fosse conduzido “debaixo de vara”, para retirar amostra de seu próprio sangue para a realização de exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), por entender que decisão dessa natureza discrepava de garantias constitucionais implícitas e explícitas, dentre elas a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humana e do império da lei (VIEIRA, 2006).

O comentário da decisão mencionada é oportuno, porque faz refletir sobre os limites da reação do Estado, ante a recusa do indivíduo de colaborar e obedecer a ordens emanadas de seus órgãos e porque, devido o crescimento na investigação criminal dos métodos genéticos de descobrimento da verdade, do qual o exame de DNA é o maior exemplo, servirá de paradigma norteador dos limites da investigação criminal.

3.2 Ponderação dos princípios constitucionais

Todas as Constituições modernas visando a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos em face do forte poder estatal, trazem em seu

bojo regras que impõem ao Estado o respeito aos direitos individuais. Essas normas limitativas na atuação estatal refletem de maneira muito forte na investigação criminal e no processo penal como um todo. Prova dessa influência é o surgimento do chamado Processo Penal Constitucional, que segundo Araújo Cintra, Grinover e Dimarco (*apud* FERNANDES, 2003, p.17) é a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.

No tocante à investigação criminal, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 atribuiu à polícia a competência de investigar os delitos, mas também limitou, em vários aspectos, esse poder investigatório, quando, por exemplo, instituiu o controle externo da atividade policial e a necessidade de mandado judicial para a realização de busca domiciliar.

É interessante ressaltar que, do mesmo modo que a Constituição assegura os direitos à vida, à liberdade e à intimidade, também garante o direito à segurança. Surge, então, uma relação de tensão entre o dever do Estado em promover uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do investigado na garantia de seus direitos constitucionais, a cuja observância o Estado está igualmente obrigado pela Constituição.

Comumente, para se evitar a impunidade são cometidos atos investigativos arbitrários, ou então, usam-se as garantias constitucionais como desculpa para a incompetência dos órgãos encarregados da persecução penal inicial.

Talvez a maior vantagem do sistema acusatório é o fato do juiz não ser instrutor e sim garantidor dos direitos fundamentais. Assim, o juiz é mais que

simples encaminhador de inquéritos ao Ministério Público. Cabe a ele a importante função de determinar até que ponto o trabalho investigativo invada a esfera dos direitos e garantias individuais dos sujeitos investigados.

Sem dúvida, alguns atos investigativos como buscas domiciliares, apreensão de bens, interceptações de comunicações telefônicas, prisões cautelares, restringem direitos fundamentais do investigado como sua liberdade e intimidade. A questão fundamental é saber qual o limite de restrição desses direitos fundamentais.

Para Robert Alexy (1993) a resposta a essa indagação reside na chamada lei de colisão, que se define como a ponderação. Uma vez que ocorra colisão de princípios, ou seja, quando algo é vedado por um princípio, mas autorizado por outro, não é possível dizer *a priori* qual deles deve ceder. Só uma análise do caso concreto, poderá apontar o princípio preponderante.

Vários são os critérios para identificar um princípio e distingui-los das regras. Princípios e regras são espécies do gênero norma. Alexy (1993, p. 83-84) pondera que o critério mais utilizado para mostrar a distinção é o da generalidade.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, un norma según la cual todo preso tiene derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla³⁸.

³⁸ Tradução livre:

Numerosos são os critérios propostos para distinguir regras de princípios. O da generalidade é o mais utilizado. Segundo ele, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas com

Contudo, a principal diferença entre princípios e regras é qualitativa e não a maior ou menor generalidade. “La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y entre reglas y principios existe no sólo una diferencia sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta”³⁹ (ALEXY, 1993, p.86).

Sintetizando o pensamento de Robert Alexy (1993), princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Seriam mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo tanto das possibilidades reais, quanto jurídicas.

Já as regras seriam normas que podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra é válida deve ser feito exatamente o que ela determina. Quando regras entram em conflito, a solução é mais fácil, já que o conflito pode ser resolvido com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a introdução de uma cláusula de exceção.

A resolução da colisão de princípios se dá de forma diferente. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode

um nível relativamente baixo de generalidade. Um exemplo de uma norma com um nível relativamente alto de generalidade é a norma que diz que cada qual goza de liberdade religiosa. Ao contrário, uma norma segundo a qual todo preso tem direito de converter outros presos tem um grau relativamente baixo de generalidade. Segundo o critério de generalidade, se poderia pensar que a primeira norma podia ser classificada como princípio e a segunda como regra.

³⁹ Tradução livre:

A terceira tese diz que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual, mas qualitativa.

aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

Deste modo, uma norma será princípio ou regra pelo modo particular que se apresenta, quando em colisão com outras normas. O fato de uma norma, ao colidir com outra, ceder ou triunfar sempre, indica tratar-se de uma regra. Mas se, de acordo com as situações concretas, o conflito com outras normas resulta ora em vitórias ora em derrotas é porque se está diante de um conflito de princípios.

Percebe-se, então, que a maioria dos dispositivos constitucionais, senão a totalidade, que se relacionam com a investigação criminal são princípios; porque justamente uma de suas características é que, quando entram em conflito com a obrigação do Estado em proporcionar segurança, ora cedem ora triunfam, dependendo da análise do caso concreto.

Uma vez identificado que se está diante de um conflito de princípios é necessário, então, estabelecer-se até que ponto esses princípios podem ser restringidos.

Inicialmente, cabe dizer que um direito fundamental só pode ser restringido por uma norma que seja constitucional. É nesse sentido o magistério de Alexy (1993, p.272):

Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*⁴⁰.

Tanto regras quanto princípios podem restringir direitos fundamentais. Uma regra (de acordo com a Constituição) restringe um direito fundamental, quando com a sua vigência, surge, no lugar de um direito fundamental, um não direito definitivo de igual conteúdo. Para explicar isto, Alexy (1993, p.274) cita o exemplo de um motociclista, falando que enquanto não estiver em vigência uma norma segundo a qual os motociclistas têm que usar capacete, o indivíduo titular do direito fundamental, em virtude do princípio da liberdade geral de ação, tem uma liberdade jusfundamental *prima facie* de usar ou não o capacete. A regra que obriga os motociclistas a usarem o capacete protetor é uma restrição de direito fundamental porque, em virtude de sua vigência, no lugar da liberdade *prima facie* aparece aquela não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Aproximando do processo penal, um exemplo de regra de acordo com a constituição que restringe um direito fundamental seria a hedionda lei dos crimes hediondos, já que dela constam disposições que vedam a concessão de liberdade provisória, restringindo o correlato direito fundamental, encontrado no inciso LXVI, do art. 5º da CF, que prevê a concessão de liberdade provisória quando a lei admitir.

⁴⁰ Tradução livre:

Uma norma pode ser uma restrição de direito fundamental somente se for constitucional. Caso não seja, sua imposição pode, por certo, ter o caráter de uma intervenção mas não de uma restrição. Com isto, pode fixar-se já uma primeira característica: as normas são restrições de direitos fundamentais somente se não constitucionais.

Já um princípio é uma restrição de um direito fundamental quando existe uma razão para que, em lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Alexy (1993, p. 275) assevera:

Hasta ahora, el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido sólo para las reglas. Pero, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que “derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional” pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos)⁴¹.

Os direitos fundamentais são normas de classe constitucional e, como tais, podem ser restringidos somente através de normas igualmente constitucionais, ou por normas inferiores à Constituição, mas cuja imposição foi autorizada por ela. No primeiro caso, são restrições “diretamente constitucionais” e no segundo são restrições “indiretamente constitucionais” (ALEXY, 1993).

É interessante observar que as restrições indiretamente constitucionais em muito se assemelham, com o que José Afonso da Silva (1982, p.89-91) entende por normas constitucionais de eficácia contida.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses

⁴¹ Tradução livre:

Até agora, o conceito de restrição de direito fundamental tem sido definido somente para as regras. Mas, também princípios podem ser restrições de direitos fundamentais. Quando o Tribunal Constitucional Federal diz que “direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de classe constitucional” podem limitar direitos fundamentais, se refere a restrições de direitos fundamentais que têm o caráter de princípios. Desde logo, por si sós, tais princípios restrictivos não podem colocar ao indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não liberdades, não-direitos)

relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

A possibilidade da existência de restrições indiretamente constitucionais têm sido muito criticada. Comentando a Constituição da República Francesa, Marx (1960, *apud* ALEXY, 1993) considerava ser um ardil prometer a liberdade plena, estabelecendo os mais belos princípios, mas deixar sua aplicação a cargo de leis posteriores. Na mesma linha de argumentação, W. Jellinek (1946, *apud* ALEXY, 1993) se pergunta o que adianta a primeira frase de um artigo sobre direito fundamental conferir solenemente um direito, se a segunda permite restrições através de leis.

Importante ressaltar que, quando se fala em restrição de direitos fundamentais, deve-se ter em mente que cada direito possui um conteúdo essencial que funciona como restrição à própria restringibilidade do direito. Ademais, uma restrição de direitos fundamentais só é admitida se, no caso concreto, os princípios opostos têm maior peso que o princípio jusfundamental restringido. Ensina Alexy (1993, p.286):

Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad.

El artículo 19 párrafo 2 LF parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial.⁴²

⁴² Tradução livre:

Uma restrição dos direitos fundamentais é somente admissível se no caso concreto corresponde aos princípios opostos corresponde um peso maior que ao princípio jusfundamental. Por isto, se pode dizer que os direitos fundamentais, em quanto tais, são restrições a sua restrição e restringibilidade.

O artigo 19 parágrafo 2 LF parece criar um obstáculo adicional de restrição ou restringibilidade que proíbe afetar os direitos fundamentais em seu conteúdo essencial.

Se de um lado deve-se evitar uma excessiva restrição dos direitos fundamentais, de outro, também é conveniente impedir uma excessiva expansão dos direitos fundamentais, o que geraria a jusfundamentação de todo o direito, criando uma espécie de ditadura do Poder Judiciário. A esse respeito, Alexy (1993. p 315):

Cuanto más ampliamente sen concebidos los supuestos de tanto mayor es el número de casos en los cuales tienen relevancia las normas iusfundamentales y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales. En contra de esto se objeta una “iusfundamentalización de todo el derecho”, una “expansión de los derechos fundamentales”, que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal.⁴³

Rousseau (1995) já alertava para o risco de uma ditadura do poder judiciário. Ao discorrer sobre o Tribunato, ensina que é um corpo moderador, não é parte constitutiva da cidade, não possui qualquer parcela do poder legislativo, tampouco do poder executivo. Sua missão é conservar as leis do poder legislativo, atuando entre o príncipe e o povo, entre o príncipe e o soberano, ou entre ambos os lados. É o defensor das leis. Assevera ainda que “O tribunato degenera em tirania, quando usurpa o Poder executivo, do qual não passa de moderador, e quando deseja dispensar as leis cuja proteção lhe compete.”(ROUSSEAU, 1995, p. 120)

Obviamente, o modelo proposto por Alexy não traz soluções para todas as colisões de princípios, mas tem sido de suma importância, ao lado de

⁴³ Tradução livre:

Quanto mais amplamente sejam concebidas as hipóteses de fato, tanto maior é o número de casos nos quais têm relevância as normas jusfundamentais e, portanto, tanto maior é também o número de colisões de direitos fundamentais. Em oposição disto se refuta uma “jusfundamentação de todo o direito”, uma “expansão dos direitos fundamentais”, que encerraria em si mesma o perigo de uma excessiva expansão da competência do Tribunal Constitucional Federal.

outras teorias, como a de Dworkin⁴⁴, para a resolução dos chamados *hard cases*. Ora, se tais ensinamentos são úteis para os casos difíceis, porque não utilizá-los na investigação criminal, principalmente na jurisdicionalização dos incidentes (prisões temporárias, buscas domiciliares, seqüestro, etc). O processo penal e a investigação criminal não comportam posições imutáveis, pois só a análise do caso concreto pode mostrar até que ponto as medidas investigativas possam invadir o *status libertatis* do indivíduo submetido à investigação.

No garantismo, como já mencionado, o juiz assume a posição de garantidor dos direitos humanos fundamentais, cumprindo-lhe, inclusive reparar injustiças eventualmente praticadas. Assim, o juiz não pode estar alheio à investigação criminal. Sua importante função faz com que um simples pedido de prazo num inquérito policial, seja também uma oportunidade para que o juiz tome conhecimento da investigação que se está realizando, não com olhos de instrutor, mas sim com o fito de verificar o efetivo respeito aos direitos fundamentais do investigado.

3.3 Direitos constitucionais do investigado

Partindo de uma definição básica, ter um direito significa ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado; seria como ter um trunfo num jogo de cartas. Ao direito de um corresponde o correlato dever de outro em respeitá-lo. Como possuímos direitos a coisas distintas – educação,

⁴⁴ O jurista norte-americano Ronald Dworkin entende a igualdade como sendo a virtude suprema, de modo que o princípio da igualdade seria preponderante sempre que entrasse em conflito com outros princípios.

saúde, propriedade, liberdade, segurança – distintos também são os deveres (VIEIRA, 2006).

É correto dizer, então, que quem tem um direito está numa situação de privilegio em relação àquele que tem uma obrigação. Nesse sentido manifesta-se Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 21):

As pessoas que têm um direito encontram-se numa posição mais confortável que as que são sujeitos de obrigações. Isto não apenas porque os direitos constituem razões para o estabelecimento de obrigações em terceiros, mas também porque os direitos normalmente estabelecem uma prevalência dos valores e interesses que não se constituem em direitos. Em quase todas as Línguas modernas a expressão “direitos” – *rights* em Inglês, *droits* em Francês, ou *Rechte* em Alemão – designa que determinados interesses e valores devem ser protegidos por intermédio de uma ação ou omissão dos demais membros da comunidade, ou mesmo do Estado.

Coube à Constituição apontar quais os direitos que, pelo seu especial valor, mereciam ser considerados como fundamentais. Alguns desses direitos se refletem na investigação criminal, pois conferem privilégios aos indivíduos submetidos à persecução penal previa por entender que esses direitos representam valores que devem ser respeitados pelo Estado durante a investigação de um crime.

Estudar-se-á, agora, de forma superficial quais são esses principais direitos. Alguns outros direitos serão enfocados, em separado, nos subtítulos posteriores, por serem aqueles, cujo estudo têm sido mais negligenciado ao longo do tempo.

O primeiro desses direitos é o direito ao silêncio que é uma das formas de exercício da autodefesa. A Constituição assegura ao preso, no inciso LXIII do artigo 5º, o direito de permanecer calado, que se estende ao investigado. (LAURIA, 2004). É uma consequência da proteção que se dá à intimidade e

seu fim último é preservar o investigado contra a sua auto incriminação (SAAD, 2004).

Trata-se de um direito novo entre nós; eis que antes da Constituição de 1988, o silêncio, em juízo, era sancionado com a possibilidade de ser interpretado em prejuízo da defesa. Se assim era em juízo, muito pior no inquérito policial. Ao indiciado, até então, além de ser-lhe negado o silêncio, muitas vezes, era-lhe extorquida a confissão.

O direito ao silêncio compreende “também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem por elas ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio” (SAAD, 2004).

Algumas questões relacionadas com o exercício do direito ao silêncio no inquérito policial merecem comento. A primeira delas é momento a partir do qual ele deve ser exercido. É comum principalmente em autos de prisão em flagrante delito à alusão à confissão informal feita pelo indiciado no momento da prisão, servindo o depoimentos de testemunhas, na maioria das vezes, policiais, quase que somente para a transcrição de uma confissão do indiciado que permaneceu calado em seu interrogatório.

O direito ao silêncio deve ser interpretado em sentido amplo, podendo o indiciado exercê-lo desde o instante de sua prisão e não somente quando for interrogado pela autoridade policial. É nesse sentido que ponderam Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Mores (1994, p. 138):

Entendemos que definir o direito ao silêncio como sendo, unicamente, o direito de calar ante as perguntas da autoridade competente (policial ou judiciária), no momento do interrogatório, é impor-lhe uma limitação que não condiz com as origens do instituto.

Conseqüência lógica do que foi exposto é que “nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si” (MOURA; MORAES, 1994). Assim não só poderia, como deveria, o delegado de polícia deixar de lavrar auto de prisão em flagrante, se, contra o indiciado pesasse somente a menção ao que ele havia declarado informalmente, antes de ser alertado de seu direito ao silêncio. E mais, eventual auto de prisão lavrado nesses termos será nulo, ensejando relaxamento.

Questiona-se, também, se a conduta do indiciado que se recusa a responder às perguntas que lhe são feitas a respeito de sua qualificação, ou forneça dados falsos, é acobertada pelo direito ao silêncio. Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Mores (1994, p. 138-139) entendem que não e, para tanto, apresentam três motivos:

primeiro, porque tais respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva; segundo, porque a exata qualificação do interrogado evita confusões acerca de sua identidade; e, terceiro, porque a mentira que se permite é aquela de que se vale o interrogado para defender-se quanto aos fatos que lhe são imputados.

Realmente, na maioria dos casos, o indiciado não pode recusar a informar corretamente à sua qualificação, entretanto, há situações em que informar qual é sua identidade pode equivaler a uma auto-incriminação. Nesse sentido, manifesta-se Theodomiro Dias Neto (1997, p. 193):

Quando, por exemplo, o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equivale a uma confissão de autoria, a obrigação de fornecer dados pessoais seria incompatível com o privilégio contra a auto-incriminação.

Outro ponto que gera problemas em relação à efetividade do direito ao silêncio é a condenável utilização de subterfúgios para disfarçar a qualidade de investigado. Não é tão incomum alguém ser ouvido como testemunha para em seguida ser indiciado. Isto torna praticamente nulo o direito ao silêncio, uma vez que quem é ouvido nessa condição, além de não poder invocá-lo, também é obrigado a dizer a verdade (CHOUKR, 2001).

Afirma Theodomiro Dias Neto (1997, p.191), analisando a ocorrência do mesmo problema no direito alemão, que isso é fruto da falta de definição a respeito do nível de suspeita necessário para que o suspeito seja alçado à condição de acusado.

O conceito de acusado é motivo de grande discussão, uma vez que o CPP não oferecer nenhuma definição formal do termo. A dificuldade da questão está em como estabelecer critérios que possam determinar com relativa precisão qual é o nível necessário de suspeita para converter um suspeito, ou aquele que é objeto de indagações informativas, em acusado.

Entre nós é muito comum a utilização deste expediente durante oitiva de testemunhas nas Comissões Parlamentares de Inquérito. Aliás, se não fosse a posição criticada, mas necessária, do Supremo Tribunal Federal em reconhecer o *status* de investigado de muitos dos convocados a depor nas Comissões Parlamentares de Inquérito, depoentes continuariam a ser submetidos a verdadeiros interrogatórios que, entre outras arbitrariedades, negava o direito ao silêncio (SAAD, 2004).

Como dito há pouco o direito ao silêncio é uma das formas de exercício da autodefesa. Entende-se por autodefesa aquela que é “exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo” (FERNANDES, 2002, p. 279).

Acrescente-se, também, que no inquérito policial não pode ser o indiciado impedido de utilizar a autodefesa. O momento por excelência em que o indiciado exerce a autodefesa é no interrogatório. Hoje, não existe dúvida de que o interrogatório é um meio de defesa, tendo em vista a nova roupagem que recebeu pela Lei nº 10.792/2003⁴⁵, que corrigiu “o engano clamoroso do Código de Processo Penal de 1940, que o configurava como meio de prova e prévia sanções indiretas para o exercício do direito ao silêncio” (GRINOVER, 2005, p. 198).

A primeira implicação no inquérito policial dessa nova concepção do interrogatório é que, por ser meio de defesa, ele é renunciável, de modo que o indiciado não pode ser obrigado a comparecer para sua realização. Nesse sentido pontifica, Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 280-281):

Por ser o interrogatório ato de defesa renunciável, não está o acusado obrigado a comparecer e, se o fizer ou for requisitado, em virtude do direito ao silêncio, não está obrigado a responder às perguntas feitas pela autoridade policial no inquérito e pelo juiz no processo. Em decorrência

⁴⁵ Devido a importância das inovações introduzidas pela Lei nº 10.792/2003, seguem os principais artigos do CPP que disciplinam o interrogatório judicial que trazem reflexos no inquérito policial:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º (...).

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º (...).

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

(...);

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

dessa natureza renunciável do direito ao interrogatório e do direito ao silêncio, não pode o indiciado ou acusado ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato. Contudo, como há dispositivo no Código de Processo Penal (art. 260) que prevê a condução coercitiva, sustenta-se que o juiz pode conduzi-lo para o interrogatório quando julgar necessária a sua presença; se for conduzido e não quiser falar, pode utilizar-se de seu direito ao silêncio. Estranho, todavia, a condução obrigatória ao interrogatório apenas para o acusado, perante o juiz, afirmar seu direito ao silêncio.

Ressalte-se que o respeito à autodefesa veda também que o investigado sofra qualquer prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em atividade probatória que não lhe possa resultar benefício. Assim, não pode o investigado ser compelido a participar de reconhecimento, acareação e reprodução simulada, nem de fornecer material para a perícia ou ser compelido a exibir documento (SAAD, 2004).

Dentre outras inovações no interrogatório constam: a explicitação do direito ao silêncio, que não pode ser interpretado em prejuízo da defesa; a indução ao exercício da autodefesa, tendo em vista que após o juiz perguntar sobre os fatos, deve questionar se o acusado tem algo a acrescentar a sua defesa; a presença do defensor e entrevista prévia reservada; reperguntas das partes; e a indicação das provas.

É evidente que essas novas diretrizes do interrogatório judicial refletem no interrogatório levado a efeito no inquérito policial, uma vez que o próprio Código de Processo Penal, no artigo 6º, V, determina que o indiciado seja ouvido observando-se, no que for aplicável, o disposto para o interrogatório judicial.

Duas destas inovações, em específico, geram dúvidas se são aplicáveis ao interrogatório policial. A primeira delas é se a presença do defensor, com a entrevista prévia e reservada com o indiciado é obrigatória.

A resposta é que sim, já que “a lei ampliou a garantia constitucional do inciso LXIII do art. 5º. da Constituição, em que a presença do defensor era tratada como mera faculdade” (GRINOVER, 2005, p. 191). E mais, se a presença do defensor é obrigatória, sua ausência traz conseqüências. Sabe-se que os vícios do inquérito não ensejam nulidades processuais, mas podem gerar a ineficácia do ato, ocasionando, por exemplo, o relaxamento de uma prisão em flagrante. A falta de assistência por defensor ao interrogado impede, também, que juiz leve em consideração as informações do indiciado como fonte de prova para a determinação de medidas cautelares.

Infelizmente, na prática, a nova sistemática ainda não foi compreendida, pois todos os dias centenas de interrogatórios policiais são levados a efeito sem a presença de defensor e o pior disso não advém nenhuma conseqüência processual.

A outra indagação que se faz é se possível o defensor fazer reperguntas no interrogatório policial. A resposta também é positiva, até porque negar o direito de reperguntar implicaria tornar inócua a presença do defensor. Mencione-se que caberá exclusivamente ao delegado de polícia a elaboração das perguntas suplementares, mediante aferição da pertinência e relevância dos questionamentos levantados pelo defensor e, eventualmente, pelo promotor de justiça, caso esteja presente.

Outro direito do investigado que merece comentário é o da não consideração prévia de culpabilidade. É a chamada presunção de inocência que encontra previsão no art. 5º, LVII, da Constituição que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. “Consiste ele na asseguuração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa” (TUCCI, 2004).

Tal direito relaciona-se com a investigação criminal no que diz respeito aos denominados maus antecedentes, justificando sua menção para ressaltar que por maus antecedentes não pode ser considerada a existência de investigação em andamento, ainda que tenha havido indiciamento (CHOUKR, 2001). Até porque imaginar o contrário implicaria em negar que a investigação criminal e o inquérito policial fossem garantias do indivíduo contra o prosperar de acusações infundadas e processos inúteis.

3.4 Contraditório na investigação

Questão tormentosa diz respeito à observância do contraditório, compreendido pelo “binômio ciência e participação” (CHOUKR, 2001, p. 111), no inquérito policial.

De início, cabe mencionar que a discussão gira em torno da interpretação do que dispõe o artigo art. 5º, LV, da Constituição⁴⁶. Muitos

⁴⁶ Art. 5º (...)

lhe negam aplicação no inquérito policial argumentando que nesta fase não existe acusado, em face do não oferecimento de denúncia ou queixa.

Argumenta Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 129) que:

Na melhor conceituação técnica, a figura do acusado é reservada para a fase judicial, onde há uma acusação formulada pelo titular da ação e aceita pelo Poder Judiciário, instaurando-se aí uma verdadeira relação jurídico processual. O conceito de acusado está muito próximo de lide, ainda que não seja pacífico o entendimento de existência de lide no processo penal.

Outros afirmam que o inquérito policial, por não obedecer a uma seqüência predeterminada pela lei para a prática de seus atos, sequer é procedimento, quanto mais um processo administrativo (FERNANDES, 2002).

Existem, também, aqueles que sustentam serem diferentes as concepções de contraditório e ampla defesa, de modo que somente esta última seria aplicável na investigação criminal, reservando-se ao contraditório ao processo. Nesse sentido, interessante a interpretação que Marta Saad (2004, p. 216) faz do art. 5º, LV, da Constituição:

A defesa se insere no devido processo legal. A Constituição da República assegura, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Com essa redação, a Constituição da República aparta não só os litigantes de acusados, mas também contraditório de ampla defesa, de forma que cada qual é exercido de acordo com o instante e a natureza do procedimento que lhe seja compatível, o que não impede que, desde que possível, sejam atuados conjuntamente. Assim, se é certo que no processo penal não há litigantes, mas sim acusador e acusado, no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não possibilidade de se estabelecer contraditório, mas sim exercício do direito de defesa.

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

Ocorre que não é possível separar o contraditório da ampla defesa, “pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice versa” (CARVALHO, 1992). Realmente de nada adiantaria afirmar que ao investigado é garantida a ampla defesa, se não lhe for permitido participar do procedimento investigatório, até porque o direito de defesa não é um direito autônomo, mas sim um direito replica (LOPES JR, 2001). Oportunas as palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 75):

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Sintetizando, todas as vozes em contrário ao reconhecimento do contraditório na investigação criminal, interpretam a Constituição tentando fazer com que ela diga o contrário do que realmente diz. Não há como negar que o texto constitucional abrange tanto processo judicial como procedimento administrativo. Do mesmo modo afirmar que o indivíduo sob o qual recai imputação numa investigação criminal não está abrangido pela expressão “acusados em geral”, implica em desconsiderar toda a carga de aflição que a investigação traz ao indivíduo. Esse é o entendimento de Aury Lopes Júnior (2001, 303) ao afirmar que:

Com a imputação e, principalmente, com o contraditório que surge da comunicação da existência e do conteúdo da imputação, nasce para o sujeito passivo a possibilidade de resistir à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no procedimento na busca de provas de descargo ou, ao menos, que possam atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo.

Reconhecida a interação entre defesa e contraditório não é possível negar a existência de ambos na investigação criminal, ante o teor do artigo 5º, LV, da Constituição. O problema reside então na adequação do contraditório ao inquérito policial. Ou em outras palavras a partir de qual momento ele pode ser exercitado.

Nasce no inquérito policial o direito ao contraditório quando as investigações convergem para determinado indivíduo tomando-o como alvo principal. É o indiciamento⁴⁷ o ato do inquérito policial que assinala esse momento e a partir dele instala-se o contraditório, não no contorno calcada na estrutura dialética do processo, mas sim na forma de uma resistência em sentido jurídico-processual, que permite ao indiciado, que tem interesse em demonstrar que não deve ser denunciado em juízo, atuar no inquérito na busca de provas de descargo.

É preciso ressaltar que o contraditório na investigação criminal é um conceito ainda em construção, não estando bem delimitado (CHOUKR, 2001). Entretanto, o respeito ao contraditório impõe primeiro que o investigado seja cientificado que as investigações convergem contra sua pessoa e a partir de então possa indicar diligências que entender úteis a sua defesa. Nesse ponto, disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal “que já previa a possibilidade de solicitação de diligências junto à autoridade policial, que seriam realizadas ou não a critério desta” (CHOUKR, 2001, p. 130), analisado à luz do contraditório, faz com que a discricionariedade da autoridade policial em realizar ou não a diligência requerida pelo indiciado seja drasticamente

⁴⁷ No item seguinte estudar-se-á o conceito de indiciamento.

reduzida. O indeferimento pela autoridade policial de diligência requerida pelo indiciado deverá ser fundamentado e somente será possível somente quando a sua realização da medida requerida contrarie interesse público que prepondere no caso concreto.

3.5 Direito a não ser indiciado

Talvez o indiciamento seja o ato menos estudado e mais criticado do nosso sistema processual penal, superando, inclusive, o próprio inquérito policial. Sequer mereceu o indiciamento atenção do Código de Processo Penal que não disciplina como ele deve ser levado a efeito, apesar de referir-se em diversas passagens ao indiciado (CHOUKR, 2001).

Aponta-se, com razão, como maior inconveniente do indiciamento, a sua realização, na maioria das vezes, sem qualquer motivação, oriundo de uma convicção pessoal, não explicitada, da autoridade policial. E mais, em muitos casos é o ato subsequente a instauração do inquérito policial, efetivado, antes mesmo de uma “procedimentalização mínima, entendida como coleta dos mínimos elementos de convicção” (CHOUKR, 2001, p. 174).

Considera-se indiciamento o ato que marca a convergência das investigações de determinado crime para um indivíduo até então considerado simples suspeito. O saudoso Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (1986, p. 38), ao discorrer sobre o indiciamento, afirma que ele:

Deve ser o resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticantes do ato, ou de atos,

havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis.

Mais que pressupõe, o *indiciamento* necessita, em consequência, de suporte fático positivo da culpa penal, *lato sensu*. Contém uma *proposição*, no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa. Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação; do mesmo modo que as denúncias e queixas, também, se manifestam quais esboços da sentença penal.

Torna-se o indiciamento um marco que proporciona o exercício de uma série de direitos e deveres, não tendo razão aqueles que argumentam (CHOUKR, 2001) ser o indiciamento despido de qualquer consequência endoprocessual.

Tal como explica Fábio Konder Comparato, ao tratar das comissões parlamentares de inquérito, o indiciamento exerce função de garantia das liberdades individuais, uma vez que meio dele, o antigo suspeito toma conhecimento oficial do teor do inquérito, além do que as medidas assecuratórias, tais como o seqüestro de bens adquiridos com o produto da infração, exigem, para sua decretação, prévio indiciamento: “em suma, o Poder Judiciário e, com maioria de razão, a autoridade policial não podem exercer nenhuma coerção para efeito de investigação ou de prova, antes do formal indiciamento ou da aceitação de denúncia ou queixa crime contra pessoa determinada. Um constrangimento dessa natureza representaria, claramente, violência ou abuso de poder, contra o qual o paciente teria *habeas corpus*” (SAAD, 2004, p. 254-255).

Havendo, como mencionado, consequências para o indivíduo a partir do indiciamento, porque “supõe um maior grau de sujeição à investigação preliminar e aos atos que compõem o inquérito policial” (LOPES JR, 2001, p. 281), não há como negar ao, até então, simples suspeito o direito de não ser indiciado, caso não haja decisão motivada da autoridade policial que indique as evidências produzidas, com menção aos depoimentos de testemunhas, provas documentais e periciais. É o que pontifica Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (1986, p. 38):

O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar, ou não. A questão situa-se na legalidade do ato.

O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito.

O *habeas corpus* é o remédio a ser utilizado para obstar o indiciamento quando não se reuniu indícios suficientes da autoria de infração penal ou pela ausência de motivação.

Aliás, tentando imprimir uma visão garantista ao inquérito policial, a Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, através da Portaria 18/98, que dispõe “sobre medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais e para a garantia dos direitos da pessoa humana”⁴⁸, determinou que o indiciamento seja precedido de decisão fundamentada (SAAD, 2004).

Com o indiciamento deve ser dada oportunidade para o exercício de um mínimo contraditório e direito de defesa, facultando ao indiciado:

Requerer diligências à autoridade policial, indicar-lhe testemunhas, formular quesitos e pedidos de esclarecimentos e complementação de laudos já apresentados, requerer a juntada de documentos e impugnar a autenticidade de documentos juntados aos autos, permanecer calado em silêncio durante o interrogatório e se recusar a participar da coleta e/ou produção de meios de prova que podem ser usados em seu desfavor, ser acompanhado de defensor legalmente habilitado, de sua confiança ou indicado pelo Estado quando não puder arcar com as suas custas, ser assistido por intérprete, em caso de não dominar o idioma ou não puder, de qualquer forma, compreendê-lo (SAAD, 2004).

⁴⁸ Representa a aludida portaria um marco na construção de uma investigação criminal que procura ser eficiente sem desprezar o indivíduo. Apesar, da menção que ela pouco vingou na prática (SAAD, 2004), não há como negar que a formação dos novos delegados de polícia do Estado de São Paulo foi em muito influenciada por essa portaria, o que faz com que a crença numa investigação criminal garantista aumente dia-a-dia.

Do que foi dito, vislumbra-se que o indiciamento, pelas implicações que acarreta, não pode ser realizado antes da colheita de elementos mínimos de convicção, mas também não pode ser o último ato de instrução do inquérito policial, sob pena de negar ao indiciado a possibilidade de contrariar ainda que minimamente os indícios contra ele existentes.

É descabida a determinação de indiciamento após o oferecimento da denúncia, como sói acontecer nos casos que é o inquérito policial é concluído sem imputação de autoria ou a denúncia é oferecida sem prescindir do inquérito. Como visto o indiciamento tem por função assinalar a convergência das investigações sobre o indiciado, facultando-lhe apresentar resistência. Ora, já estando instalada a relação processual, nenhuma função resta ao indiciamento, a não ser um caráter estigmatizante. Felizmente o Superior Tribunal de Justiça tem impedido esse caminhar para trás⁴⁹.

3.6 O investigador natural

Na esteira do princípio do juiz natural surgiu, mais recentemente, o reconhecimento de outro, que é o princípio do promotor natural. Ambos têm a função de garantir que o indivíduo saiba de antemão, mediante o estabelecimento de critérios legais prévios quem irá lhe julgar e quem irá lhe acusar. Questiona-se, agora, se também o indivíduo teria direito de saber previamente quem lhe pode investigar. A resposta só pode ser afirmativa, ao

⁴⁹ INDICIAMENTO. DESNECESSIDADE QUANDO A DENÚNCIA PRESCINDIR DO INQUÉRITO POLICIAL: “Tendo o Ministério Público prescindido do inquérito policial, para a denúncia, não há necessidade de indiciamento do acusado. Inexistente tal procedimento, não se justifica se proceda a indicação do denunciado” (STJ, 6ª T., HC 5.399-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 14-4-1997, v.u., DJU, 2 jun. 1997).

menos para aqueles que entendem a investigação criminal como instrumento de defesa de homens honrados, já que tem regras e sanções que podem ser aplicadas a qualquer pessoa, mesmo inocentes, bastando para tanto a existência de uma imputação infundada (LOPES JR, 2001).

Ademais, como na investigação criminal existe, não raras vezes, a necessidade de restringir direitos fundamentais, não é admissível que órgãos ou instituições não investidos legalmente em funções investigativas pratiquem tais atos.

O questionamento ganha relevo em face da manifesta pretensão do Ministério Público brasileiro em realizar diretamente atos investigativos. Não há como se negar que em vários países o Ministério Público tem poderes investigativos e também não há dúvida que ele também poderia tê-los em nosso ordenamento, desde que esta tivesse sido essa a vontade de nossos legisladores. Nisso reside o cerne do problema, não pode o *parquet* tentar impor sua vontade sobre a dos legisladores. É o que pensa Sérgio Marcos de Mores Pinto (*apud* SAAD, 2004, p. 185-186):

não se pode inventar atribuição nem competência contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer as vezes da polícia judiciária. Cada qual desempenhe sua função, no processo penal, em conjunção com o Poder Judiciário.

Muitos, entretanto, argumentam que a figura do denominado promotor investigador esta implícita no disposto no artigo 129 da Constituição, que trata das funções institucionais do Ministério Público, principalmente no

inciso VI⁵⁰. A manifestação de Aury Lopes Júnior (2001, p.142-143) bem ilustra esse posicionamento:

Analisando os diversos incisos do art. 129 da CB, em conjunto com as Leis nº 75/93 e nº 8.625/93, especialmente no disposto nos arts. 7º e 8º da primeira e 26 da segunda, constata-se que no plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual. Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o artigo 144, §§ 1º, I, e 4º, simplesmente prevêm que a Polícia Federal e Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* desta tarefa, inclusive porque quando pretendeu a *exclusividade* de competência, o legislador fez de maneira inequívoca⁵¹.

Calcado nesse entendimento é que a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo baixou o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ⁵², que visa regulamentar as investigações criminais realizadas pelo *parquet*, através da criação do denominado procedimento administrativo criminal, que seria um similar do inquérito policial, só que presidido por promotor de justiça. Representa tal ato normativo a audácia de se criar um procedimento que pode restringir direitos fundamentais sem que a elaboração das regras de sua condução sejam amparadas em lei. E o mais grave, quando o próprio ordenamento já prevê qual é o instrumento apropriado para a materialização da investigação criminal e para a ponderação dos direitos fundamentais do investigado em cotejo com o interesse público de descobrimento da verdade.

É certo que mesmo que se considere que a Constituição não quis assegurar exclusividade quando atribuiu as funções de polícia judiciária aos

⁵⁰ Art.129 CF – São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

⁵¹ Seguem a mesma linha de raciocínio, entre outros, Valter Foletto Santin (2001), Marcelo Polastri Lima (1997) e Marcelo Batlouni Mendroni (2002).

⁵² Publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 28.06.2003.

delegados de polícia de carreira⁵³, também é certo a Constituição Federal não previu nenhuma exceção que possibilitasse o a condução de investigações criminais pelo Ministério Público. Oportuno o magistério de Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 255):

O que permitiu o art. 129, VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. O art. 129, VIII, da Constituição Federal, só possibilitou ao Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), em seu art. 26, IV, também só atribuiu à referida Instituição as mesmas atividades autorizadas pela norma constitucional (art. 129, VIII).

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede com Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.

Mencione-se que está em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento do inquérito nº 1.968/68/DF⁵⁴, cujo debate cinge-se na aceitação ou não de denúncia proposta pelo Ministério Público Federal, embasada em investigações realizadas pelo próprio *parquet*. O julgamento está suspenso, em razão de pedido de vista do Ministro César Peluso. Até o momento votaram cinco Ministros, sendo que enquanto o relator, Ministro Marco Aurélio, acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim, votaram pela rejeição da denúncia, os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Aires de Brito, votaram pela sua admissão do poder investigatório do Ministério Público, com o conseqüente recebimento da denúncia.

⁵³ Art. 144 CF - ...

⁵⁴ Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto militares.

⁵⁴ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos>

Caberá, então, ao Supremo Tribunal Federal decidir se a vontade do legislador de atribuir na *persecutio criminis* a função de investigar e acusar a dois órgãos distintos, que, aliás, é a melhor que se coaduna com um sistema acusatório⁵⁵, prevalecerá. Ou, se ocorrerá uma banalização da distribuição dos poderes investigatórios. Banalização porque a forma com que o Ministério Público busca a obtenção de poderes investigatórios, passa pela negação de exclusividade desses poderes à polícia judiciária.

Assim, prevalecendo o entendimento de que não há exclusividade logo outros órgãos e instituições também tentarão argumentar que podem praticar atos investigativos. Não é novidade para ninguém que a Polícia Militar há muito já acalenta a idéia de realizar investigações por si mesma. A existência do denominado serviço reservado, que na realidade deveria chamar-se serviço de investigações e a constante insistência em buscar o judiciário para a concessão de medidas restritivas de direitos fundamentais – interceptações telefônicas e busca domiciliares – que são incompatíveis com a sua missão constitucional de policiamento preventivo e ostensivo, permite antever esse quadro.

⁵⁵ Antonio Evaristo de Moraes Filho (1997, p. 106) comenta que a separação entre acusação e investigação evita o risco da parcialidade. Argumenta que:

“A acumulação de funções cria o risco da parcialidade, podendo um operador do direito (policial, membro do Ministério Público ou magistrado) adotar um ponto de vista, desde logo, no início das investigações, e mantê-lo ao longo do procedimento, ficando indiferente em face de qualquer outra alternativa.

Este fenômeno foi muito bem estudado por Altavilla, em sua famosa ‘Psicologia Judiciária’ (Porto, 1960, v. 5, p 36-39), onde dedicou dois verbetes aos perigos da hipóteses provisórias, que podem ‘seduzir o investigador, de maneira a torná-lo daltônico na apreciação das conclusões de indagações ulteriores’. Adverte o mestre italiano que, uma vez internalizada na mente do policial, do promotor ou do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, ‘à qual ele liga uma especial razão de orgulho’, como se a eventual demonstração da improcedência de sua hipótese ‘constituísse uma razão de demérito’. E assim, intoxicado por sua verdade, sobrevaloriza todos os elementos probatórios que lhe forem favoráveis e diminui ‘o valor dos contrários, até o ponto de não serem tomados em consideração num auto’”.

3.7 Limitação temporal da investigação

O término do processo penal em prazo razoável é tido como um direito fundamental do indivíduo, que, segundo Rogério Lauria Tucci (2004, p. 250) encontra fundamento:

no enunciado do § 2º do art. 5º da CF/1988, cuja transcrição deve ser repristinada, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O parágrafo mencionado tem a função de deixar claro que o rol de direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Constituição, não é exaustivo e sim meramente exemplificativo. Acrescente-se, a isso, que o Brasil é um dos signatários da Convenção americana sobre direitos humanos, assinada em San José, Costa Rica, no dia 22.11.1969, a qual prevê num dos seus artigos⁵⁶ o direito de audiência por juiz ou tribunal num prazo razoável, para defesa de acusação penal (TUCCI, 2004).

A preocupação em evitar delonga excessiva do processo penal é importante, pois a demora só maximiza o caráter infamante do processo. Argumenta Daniel R. Pastor (2005, p.203-204) que:

La cuestión de la duración del enjuiciamiento es hoy de los problemas centrales del derecho procesal penal. La excesiva duración del proceso impide que el derecho penal pueda alcanzar sus fines en forma eficaz, pero también pone en crisis el funcionamiento de los principios básicos de un proceso penal adecuado al Estado constitucional de derecho. Con la prolongada duración de los procesos la incertidumbre y las

⁵⁶ Artigo 8º- Garantias judiciais

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

restricciones de la libertad y de otros derechos, que el proceso siempre supone para el imputado, se tornan intolerables, especialmente si el problema se analiza con la mirada puesta en el principio de inocencia.⁵⁷

Obviamente para a construção de um processo célere é necessário estabelecer alguns parâmetros do que seria um prazo razoável para a realização da investigação criminal.

Estabelece o Código de Processo Penal genericamente o prazo de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito policial se o indiciado estiver preso e 30 (trinta) dias se estiver solto⁵⁸. Ocorre que, na prática, a exceção de quando o indiciado está preso, o prazo de conclusão do inquérito policial raramente é respeitado, “prolongando-se a atividade investigatória por tempo indeterminado, numa sucessão de prorrogações, de todo inadmissíveis” (TUCCI, 2004, p. 258).

A tendência atual do direito processual penal tem sido a de fixar limites temporais à investigação criminal, providência já adotada por vários países, como a França e a Itália (CHOUKR, 2001). Assim, um sistema ideal passaria pela fixação de um prazo máximo para a duração da investigação criminal de seis meses, a partir da convergência das investigações para determinada pessoa, o que, entre nós, é assinalado pelo indiciamento.

Parece que adoção de prazos excessivamente exíguos para a conclusão das investigações, como o faz o Projeto de Lei nº 4.209/2001, que será

⁵⁷ Tradução livre:

A questão da duração do ajuizamento é hoje um dos problemas centrais do direito processual penal. A excessiva duração do processo impede que o direito penal alcance seus fins de forma eficaz, mas também coloca em crise o funcionamento dos princípios básicos de um processo penal adequado ao Estado constitucional de direito. Com a prolongada duração dos processos a incerteza e as restrições da liberdade e de outros direitos, que o processo sempre supõe para o imputado, se tornam intoleráveis, especialmente se o problema é analisado com o olhar posto no princípio de inocência.

⁵⁸ Anote-se a existência de leis extravagantes que prevêem diferentes prazos para a conclusão do inquérito policial em determinados casos.

adiante estudado, traz o risco de dissociar a lei da realidade tornando-a ineficaz. Ademais, o indiciado não teria condições, num prazo extremamente curto, de contradizer os indícios contra ele reunidos.

3.8 Observações sobre o projeto de lei que trata da reforma da investigação criminal.

Fruto do trabalho de uma comissão formada por juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidida por Ada Pellegrini Grinover⁵⁹, em 08 de março de 2001, o então Ministro da Justiça José Gregori encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei, que recebeu o nº 4.209/2001 (ANEXO), a fim de alterar os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à investigação criminal (GRINOVER, 2000; TUCCI, 2004).

Prevê o projeto duas formas de se materializar a investigação criminal, as quais são, o termo circunstanciado – reservado às infrações de menor potencial ofensivo – e o inquérito policial. Em relação ao termo circunstanciado o projeto de lei em nada inovou às previsões da Lei nº 9.099/1995. Aliás, como afirma Choukr (2001, p. 231), “não há sentido em existir dois textos de lei versando sobre o mesmo assunto e, como o intuito é claramente o da não codificação, bastaria, se tanto, menção no corpo do Código à lei especial”.

⁵⁹ Além de Ada Pellegrini Grinover integraram a comissão que apresentou propostas visando à reforma do Código de Processo Penal: Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (posteriormente substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidenei Beneti.

Ainda no que diz respeito ao termo circunstanciado, permanece, no projeto, a pouca preocupação com a coleta de evidências antes da audiência preliminar, já que a Lei nº 9.099/95, que permanecerá em vigor, busca não deixar vácuo temporal entre o cometimento do delito e a realização da audiência (CHOUKR, 2001).

Já no tocante ao inquérito policial a principal meta da reforma é com a sua simplificação e celeridade, além tentar dotá-lo de feições garantistas. É nessa esteira que seguem as inovações.

A primeira inovação que merece comentário é a impossibilidade do juiz requisitar a instauração de inquérito policial, reservando-lhe, como deve ser, a exclusiva competência para a concessão de medidas cautelares, dando-lhe feição de juiz de garantias.

Tentou o projeto estabelecer que a investigação criminal termine num prazo improrrogável excessivamente exíguo. Veja-se que o inquérito deverá ser instaurado num prazo de 10 (dias) e os autos encaminhados ao Ministério Público em 20 (vinte) dias após a instauração, sendo que o promotor poderá, além de oferecer denúncia ou arquivar, aguardar mais 30 (trinta) dias pelo resultado de diligências pendentes ou por ele requisitadas.

Delineia-se, assim, não estando o indiciado preso, um prazo máximo e improrrogável de 60 (sessenta) dias para a conclusão do inquérito, como aliás menciona o próprio projeto, o que é muito pouco para a apuração da autoria em casos intrincados. Não é admissível, por exemplo, que em apenas 60 (dias) se encerre as investigações de um homicídio que ainda esteja irresoluto.

É por isso que o estabelecimento de prazo para encerramento das investigações só seria conveniente após o indiciamento, que é quando ocorre a imputação da autoria. E mais, a experiência demonstra que o estabelecimento de prazo, sem sanção para o seu descumprimento, é praticamente o mesmo que não estabelecer prazo algum.

O prazo exíguo das investigações compromete inclusive as reconhecidas virtudes do projeto, que pretende assegurar maior participação do investigado no inquérito, dando-lhe o direito de defesa, a partir do indiciamento. Pergunta-se: Qual defesa é possível exercer em tão curto tempo? Parece que nenhuma.

Outro ponto elogiável da proposta é a imprescindibilidade de fundamentação do ato de indiciamento e dos demais atos de investigação, o que vem por fim ao antigo costume de se proceder o indiciamento como ato automático, sem que, antes, a autoridade policial expusesse em que fatos se fundava a sua convicção.

Necessário, também, comentar que o projeto de lei, da forma que está, não resolverá duas questões que tem causado controvérsias na investigação criminal. A primeira delas, é ausência do conceito de autoridade policial. É sabido que, para fins de elaboração de termo circunstanciado, existe entendimento, equivocado ao nosso ver, que entende que qualquer policial seria autoridade policial para sua elaboração. Indaga-se, ao tratar do inquérito policial e do termo circunstanciado no mesmo artigo, afirmando que ambos correspondem a formas de registro de investigação, não permitiria que, alguns, passem a advogar que qualquer policial também poderia ser

considerado autoridade policial, portanto, apto para presidência de inquéritos policiais.

A segunda controvérsia não enfrentada pelo projeto de lei é a que diz respeito aos poderes investigatórios do Ministério Público. Apesar de figurar na exposição motivos, que o projeto, “ao Ministério Público, destinatário da investigação policial, atribui funções de supervisão e controle, hoje conferidas ao juiz” (ANEXO), em nenhum ponto há qualquer alusão à possibilidade do Ministério Público investigar diretamente. E mais, não há nenhuma regulamentação de como seria essa investigação ministerial, não sendo imaginável que os integrantes da comissão, caso concordassem que o Ministério Público pudesse investigar diretamente, não regulassem, ou melhor, não criassem um procedimento para o registro dessa investigação. Por oportuno, os dois pontos do projeto que falam da comunicação imediata ou direta ao Ministério Público – infração praticada por policial e crimes praticados contra o sistema financeiro nacional, à ordem tributária ou econômica – limitam-se, no que diz respeito à finalidade, a afirmar vagamente que é “para as providências cabíveis” (ANEXO).

Inúmeras outras indagações surgem da leitura do projeto de reforma da investigação⁶⁰, mas sua principal imprecisão talvez seja, conforme apontou José Barcelos de Souza (2002), a inclinação em tornar a investigação criminal como destinada exclusivamente à acusação. Isso fica evidente em face da previsão da colheita de provas no estritamente necessário para o

⁶⁰ A esse respeito ver Choukr (2001), Souza (2002) e Tucci (2004).

convencimento da acusação, pois desconsidera que o investigador deve pugnar sempre é pelo descobrimento da verdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como inicialmente mencionado, no presente trabalho, pretendeu-se apresentar a investigação criminal como um instrumento a serviço da cidadania, ou, em outras palavras, a serviço dos homens de bem. Mais que elaborar um manual de como investigar, o trabalho teve por objetivo refletir sobre temas importantes da investigação criminal e da aflição que eles provocam no indivíduo.

Ao final da empreitada, a primeira conclusão a que se chega, talvez a única, é a limitação daquele que se propôs a fazê-lo, já que a abordagem se restringiu a focar o investigado em liberdade, deixando de lado as implicações das prisões cautelares, que, pela amplitude, merecem um estudo separado.

O respeito à dignidade humana, a partir da Constituição de 1988, que rompeu com o paradigma das investigações criminais que tratavam o investigado como simples objeto, que deveria ficar a mercê do Estado investigador e muitas vezes vingativo, foi eleito o ponto reitor de qualquer investigação criminal e fator limitador de todo método de descobrimento da verdade que não considere o homem como fim em si.

Essa posição de protagonista do investigado faz que seja necessário reconhecer o seu direito de defesa durante a persecução penal prévia, o que implica contradizer os indícios coligidos em seu desfavor.

O sistema de investigação brasileiro, que tem o inquérito policial como um quase sinônimo de investigação, necessita de reparos, mas, ainda

assim, é o que mais se ajusta ao modelo acusatório e a uma investigação garantista.

A análise dos modernos meios de investigação, copiados, na maioria do direito alienígena revela que não existem medidas mágicas para refrear a criminalidade. E mais, que eles pouco ajudam no combate à criminalidade comum, a qual, apesar de ser a que mais nos aflige, há muito não é reprimida.

Deve-se, ainda, evitar o abuso na utilização dos meios de investigação criados para o combate à criminalidade organizada, como a delação premiada, hoje admitida em nosso Direito para a apuração de qualquer delito.

Muito há que se caminhar na busca de uma investigação criminal cidadã, mas qualquer caminho que se tome, passará, sem dúvida, pela repulsa de doutrinas que tentam coisificar o investigado tirando-lhe a humanidade, o que é também um dos fatores que permitem que a tortura ainda seja presença viva na investigação.

É inegável que alguns avanços já ocorreram como, por exemplo, a nova regulamentação legal do interrogatório que o tornou meio de defesa e deu caráter de indispensabilidade à defesa técnica.

O inquérito policial, entre nós, é o instrumento apropriado para a realização da ponderação entre os princípios constitucionais que interferem na investigação, a partir da jurisdicionalização dos incidentes. Para tanto é preciso uma posição efetivamente garantista do juiz, a quem compete restringir, sempre que necessário, no caso concreto, os direitos fundamentais do investigado, ponderando-os com o direito à segurança.

Evidenciou-se que a atribuição de poderes investigativos é prerrogativa do Parlamento e não de quem se julga no direito de exercê-lo e o indivíduo tem o direito de saber previamente quem pode investigá-lo.

Dentro dessa concepção de investigação garantista, o indiciamento ganha importância como ato assinalador a partir do qual o indiciado pode se defender da imputação e deveria ser adotado como marco para o término da investigação.

O estudo do projeto de lei que trata da reforma da investigação criminal mostrou que ele possui imperfeições que tornam necessário o seu aperfeiçoamento pelo Congresso Nacional, porque deixou de enfrentar temas candentes relacionados à investigação criminal.

Enfim, considera que o processo penal sempre necessitará de algum tipo de investigação preliminar, que sirva de garantia ao próprio indivíduo contra acusações infundadas e o estigma causado pelo processo penal.

Por isso, é necessário encarar a investigação criminal, repita-se, como um instrumento a serviço dos homens de bem, porque, se para a aplicação da pena pressupõe uma sentença definitiva que considere o sujeito culpado, na investigação criminal, as regras e sanções nela previstas são aplicáveis a todos, até mesmo a inocentes, que podem ser objetos de uma imputação infundada.

Assim, deve ser sempre lembrado que, quanto mais incisivos sejam os meios de investigação, maior será a necessidade do estabelecimento de garantias ao investigado, que o protejam dos possíveis abusos dos órgãos estatais encarregados da persecução penal prévia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª Ed. Vol I, São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 51, novembro-dezembro de 2004.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BAJER, Paula. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, nº 156, fevereiro de 2006.

BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão: supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1 nº 3, julho-setembro de 1993.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no processo penal – breves comentários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, nº 2, abril-junho de 1993.

BARATA, Francesc. La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 29, janeiro-março de 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociedade do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BÁRTOLI, Marcio. O lado benéfico do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, nº 2, abril-junho de 1993.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BELLI, Benoni. Violência, polícia e direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, nº 39, julho-setembro de 2002.

BERGALLI, Roberto. Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1 nº 3, julho-setembro de 1993.

BERISTAIN, Antonio. El nuevo ciudadano responsable y solidario el partenaire. Reflexión criminológica/victimológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 29, janeiro-março de 2000.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 30, abril-junho de 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 11, julho- setembro de 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, nº 35, julho-setembro de 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina.

_____. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 58, janeiro-fevereiro de 2006.

CARRIÓ, Alejandro D. *As garantias constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1991.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantias*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Algumas linhas sobre o direito à resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 n° 12, outubro-dezembro de 1995.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco de. Mídia, violência e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n° 42, janeiro-março de 2003.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal em latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n° 5, janeiro-março de 1994.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2 n° 5, janeiro-março de 1994.

CHEVIGNY, Paul. Repressão nos Estados Unidos após ataque de 11 de setembro. Trad. Heloísa Estellita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 47, março-abril de 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *As garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

_____. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n° 8, outubro-dezembro de 1994.

CHRISTOPOULOS, Dimitris. A apertada corda entre o terrorismo e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n° 42, janeiro-março de 2003.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. La instruccion del proceso penal en España y los derechos del imputado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n° 34, abril-junho de 2001.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1998. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, nº 19, julho-setembro de 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, nº 156, fevereiro de 2006.

DANTAS, David Diniz Dantas. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DIAS, José Carlos. Sigilo bancário – quebra – requisições da receita federal e do ministério público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 11, julho- setembro de 1995.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

FARIA, José Eduardo. O judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4 nº 16, outubro-dezembro de 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Newton. A polícia e a imprensa na profilaxia do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4 nº 15, julho-setembro de 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, nº 42, janeiro-março de 2003.

_____. *Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito policial e ato normativo 314-PGJ/CPJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 45, outubro-dezembro de 2003

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 14ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, nº 37, janeiro-março de 2002.

GIACOIA, Gilberto. *Histórico luso-brasileiro e perspectivas criminológicas da reação penal*. Pesquisa em nível de Pós-Doutoramento – Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2001.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 46 janeiro-fevereiro de 2004.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 56, setembro-outubro de 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, nº 40, outubro-dezembro de 2002.

_____. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 31, julho-setembro de 2000.

_____. Influência do código de processo penal modelo para ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, nº 1, janeiro-março de 1993.

_____. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: RT, 1982.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O crime organizado no sistema italiano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 12, outubro-dezembro de 1995.

_____. O interrogatório como meio de defesa (lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 53, março-abril de 2005.

_____. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonade, 1985.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5 nº 17, janeiro-março de 1997.

_____. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 9, janeiro-março de 1995.

_____. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1 nº 4, outubro-dezembro de 1993.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997.

HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, nº 23, julho-setembro de 1998.

_____. Segurança pública no estado de direito. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 5, janeiro-março de 1994.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. A garantia da dignidade e da liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, nº 9, janeiro-março de 1995.

_____. Prisão e liberdade processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 2, abril-junho de 1993.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

LIMA, Luis Fernando Camargo da Cunha. O controvertido papel da polícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, nº 39, julho-setembro de 2002.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Antonio Carlos de; QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. A nova polícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4 n° 13, janeiro-março de 1996.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4 n° 15, julho-setembro de 1996.

MAIER, Julio B. J. Las nuevas tendencias del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4 n° 16, outubro-dezembro de 1996.

MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MEHMERI, Adilson. *Inquérito policial (dinâmica)*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIR, José Cerezo. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n° 25, janeiro-março de 1998.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6 n° 24, outubro-dezembro de 1998.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. Polícia e criminalidade no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5 n° 17, janeiro-março de 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Bismael B. O inquérito policial é o vilão do direito brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n° 28, outubro-dezembro de 1999.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O ministério público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n° 19, julho-setembro de 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS Cleonice A. Valentim Bastos. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1 n° 4, outubro-dezembro de 1993.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n° 6, abril-junho de 1994.

NIÑO, Luis Fernando. La libertad y el derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 56, setembro-outubro de 2005.

NORES, José I. Cafferata. La eficacia de la investigación penal en el estado de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n° 35, julho-setembro de 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ORWELL, George. *1984 (mil novecentos e oitenta e quatro)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1975.

PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. Tradução: José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

PACHECO, José Maria Tigerino. Polícia e Democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1 n° 3, julho-setembro de 1993.

_____. Policial judicial: uma perspectiva latinoamericana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2 n° 7, julho-setembro de 1994.

PASCHOAL, Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Algumas considerações críticas ao movimento de defesa social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2 n° 6, abril-junho de 1994.

PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 52, janeiro-fevereiro de 2005.

PEGORARO, Juan S. La violencia, el orden social y el control social penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n° 45 outubro-dezembro de 2003.

PEREIRA, Silmara Revoredo. *O investigado no estado democrático de direito*. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR). Programa de mestrado em ciência jurídica, 2003.

PFEIFFER, Christian. A demonização do mal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 52, janeiro-fevereiro de 2005.

PINTO, Adilson José Vieira. O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da constituição federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n° 27, julho-setembro de 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PITOMBO, Sérgio M. de Mores. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 47, março-abril de 2004.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n° 27, julho-setembro de 1999.

RAHAL, Flavia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 47, março-abril de 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n° 39, julho-setembro de 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. Segurança pública, prevenção e movimento feminista: uma aproximação ao caso alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 29, janeiro-março de 2000.

SALES, Carlos Alberto de. Reforma penal e nova criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 12, outubro-dezembro de 1995.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6 nº 24, outubro-dezembro de 1998.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 52, janeiro-fevereiro de 2005.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. São Paulo: Edipro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 47, março-abril de 2004.

SHEICAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3 nº 10, abril-junho de 1995.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 46 janeiro-fevereiro de 2004.

SILVA, Técio Lins e; ROCHA, Marcela Lima. Apontamentos sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 48, maio-junho de 2004.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. São Paulo: Livraria Oficina Magalhães, 1917.

SOUZA, José Carlos Barcelo de. Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, nº 38, abril-junho de 2002.

SOUZA, Luís Antonio Francisco de. Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas diante do endurecimento penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 51, novembro-dezembro de 2004.

SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: Vida e Morte do Delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000.

SOUZA, Robson Sávio Reis. O aumento da criminalidade e as deficiências das políticas de defesa da cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 56, setembro-outubro de 2005.

SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 31, julho-setembro de 2000.

STASIAK, Vladimir. Admissibilidade e limites das investigações preliminares ao inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 31, julho-setembro de 2000.

SWAANINGEN, René Van. Controle do crime no século XXI – analisando uma nova realidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, nº 42, janeiro-março de 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12ª ed., 4 Tomos. São Paulo: Saraiva, 1990.

TONINI, Paolo. Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 48, maio-junho de 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2004.

VÁZQUEZ, Bernardo Romero. Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 29, janeiro-março de 2000.

VIANO, Emilio. “Medidas extraordinárias para tiempos extraordinarios”: política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 52, janeiro-fevereiro de 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça : um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal : jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Documentos eletrônicos

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/ceciliacoimbra/cecilia.html>>. Acesso em 03 de abril de 2006.

FURTADO, Renato de Oliveira. O advogado e o inquérito policial . Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1050>>. Acesso em: 05 de maio de 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo*. 2004. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf Acesso em 04 de maio de 2005.

PINHEIRO, Paulo Sérgio Pinheiro. *Tortura, intolerância, direitos humanos*. [2002?]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/textos/tortura.htm>>. Acesso em: 03 de abril de 2006.

PIOVESAN, Flávia; SALLA Fernando. *Tortura no Brasil um pesadelo sem fim?* Disponível em: <http://dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/torturabr.html>>. Acesso em 03 de abril de 2006.

ANEXO - PROJETO DE LEI 4.209/2001 -
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Exposição de motivos:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de lei que altera dispositivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal.

2. A presente propositura foi elaborada pela Comissão constituída pela Portaria 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos senhores juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmom Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

3. A proposta foi amplamente divulgada, tendo sido objeto de diversos debates com os seguimentos da sociedade envolvidos com o tema, cujo ponto alto aconteceu na ocasião das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorridas em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

4. Pelos abalizados argumentos trazidos pela douta Comissão para justificar sua proposta, permito-me transcrevê-los, na íntegra:

“1. Como é notório, uma das causas da demora na finalização do processo penal e, conseqüentemente, da impunidade, é a forma obsoleta como

se desenvolve a investigação criminal, dada a excessiva burocratização do inquérito e a superafetação de prazos por ela provocada.

2. Por isso, reserva o Projeto, à Polícia Judiciária, funções eminentemente investigatórias, com observância, aliás, do disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal, de modo a delas retirar o caráter burocrático e cartorial que hoje assumiram; ao Ministério Público, destinatário da investigação policial, atribui funções de supervisão e controle, hoje conferidas ao juiz; a este contempla com o papel de juiz de garantias, imparcial e equidistante, sendo de sua exclusiva competência a concessão de medidas cautelares. A defesa é assegurada a partir do momento em que o investigado passa à condição de indiciado; e o ofendido assume, igualmente, papel de relevância, podendo exercer diversas iniciativas ao longo da investigação.

3. Decorrem desse enfoque, aderente às modernas tendências do processo penal, a agilização e simplificação da atividade investigatória, no âmbito da Polícia Judiciária, ainda que mantidas as duas atuais formas de investigação, a saber: a) termo circunstanciado, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo; e, b) inquérito, em relação às demais infrações.

4. Deve se esclarecido, outrossim, posto que necessário e oportuno, que várias e expressivas foram as modificações operadas no Anteprojeto, submetido à apreciação da intelectualidade jurídica brasileira, precipuamente no campo penal, inclusive, e sobretudo, em atenção às diversificadas

sugestões feitas por autorizados especialistas e importantes órgãos de nossa comunidade.

5. Assim é que, regulamentadas a efetuação do termo circunstanciado e dos atos subseqüentes, que observarão, também, as disposições da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; no tocante ao inquérito, sua instauração será procedida, de ofício, pela autoridade policial, ou mediante requisição do Ministério Público, ou, ainda, solicitação do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo (aliás, com exclusividade, quando a infração penal for de ação de iniciativa privada).

E isso, obviamente, continuando a conferir-se à autoridade judiciária a providência estatuída no art. 40 do Código de Processo Penal.

6. Recebida a *notitia criminis*, e documentada a ocorrência, o respectivo registro ficará à disposição do Ministério Público, em sede policial. Tratando-se de infração atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

7. Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá remeter os respectivos autos ao Ministério Público, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias, com a indicação, se for o caso, de outras diligências em curso ou entendidas necessárias, cujos resultados deverão ser-lhe, também, e oportunamente, remetidos.

8. Ademais, essa espécie de investigação deverá ser realizada de forma singela, e o mais celeremente possível, com a prática dos atos indispensáveis

à preparação da prova a ser produzida em juízo, e colheita de depoimentos em qualquer local, oral, informal e resumidamente.

9. Recebidos, da autoridade policial, os autos do inquérito, ou os da colheita suplementar de informações, o Ministério Público poderá: a) oferecer, desde logo, denúncia; b) promover o arquivamento; c) aguardar as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação; ou d) requisitar diligências tidas como indispensáveis à complementação de sua atuação liminar.

10. Óbvio é, que, efetivada a acusação, perante Juízo competente, não haverá porque cogitar-se da continuidade da investigação criminal (sendo o caso, apenas, como visto, de complementação de diligências já iniciadas, ou realização de outras tidas como indispensáveis, sem prejuízo do oferecimento da denúncia, cf. § 3º. do art. 9º).

Assim também, a promoção de arquivamento inibirá, em linha de princípio (havendo notícia de outras provas, assim como acontece atualmente, deverão ser realizadas novas diligências, cf. art. 18 do Projeto), qualquer outra atividade da autoridade policial.

11. Outrossim, o Projeto preocupa-se em evitar o inchaço do inquérito, determinando que os elementos informativos deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem com à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, de competência exclusiva do juiz (art. 7º).

Deixa-se claro, ainda, que tais elementos não poderão constituir fundamento da sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, em que o contraditório será diferido (parágrafo único).

12. O prazo para o encerramento da investigação é de 60 (sessenta) dias. Esse, como os demais prazos, ficarão sujeitos à fiscalização de todos os interessados – Ministério Público, ofendido, ou tenha qualidade para representá-lo, investigado e indiciado (situações jurídicas bem diversificadas no art. 8º do Projeto, no qual é determinada a atribuição formal, ao investigado, do *status* de indiciado, dada a reunião de elementos informativos tidos, pela autoridade policial, como a tanto suficientes).

13. Todos os atos praticados na primeira fase da *persecutio criminis* (inclusive pelo Ministério Público) deverão ser fundamentados (art. 16).

14. Na mesma enfatizada linha de agilização, a reformulação proposta evidencia, a cada passo, a simplificação objetivada, sobrelevando-se a utilização, no registro de depoimentos, dos recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada, à evidência, a obter maior fidelidade das informações (§ 4º do art. 6º do Projeto).

15. Faz por merecer destaque, também, a redação proposta ao art. 28, que consolida atuação do Ministério Público, nessa fase inicial da *persecutio criminis*, atribuindo-lhe, como visto, a supervisão da investigação criminal, e, outrossim, com exclusividade, o poder acusatório.

16. Sobressai, como autêntica novidade, nesse particular, a nenhuma interferência da autoridade judiciária, quanto à formulação da acusação, ou à promoção do arquivamento, toda ela processada no âmbito do Ministério

Público, sendo conferida a um órgão superior a fiscalização da atuação ministerial inferior, ratificando-a, ou ordenando que outro representante da instituição ofereça denúncia. O órgão superior a que alude o Projeto não será, necessariamente, o Conselho Superior, mas, à luz da experiência bem sucedida das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União, os Estados poderão criar os órgãos referidos pelo anteprojeto, em número suficiente para atender à demanda, valendo-se da experiência dos Procuradores de Justiça.

17. Aduza-se, a esse mesmo respeito, que, determinado o arquivamento dos autos da investigação policial, eles serão remetidos ao Juízo competente, a fim de que sejam registrados, ordenada pelo juiz a cessação da eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas, e efetivamente arquivados.

18. Deve, ainda, ser ressaltada a alteração da redação do art. 30, em que, já agora, concedida a propositura da ação penal de iniciativa privada também às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de infração contra eles praticada.

Trata-se de formulação adequada à modernidade do direito processual, que se justifica por si mesma, tornando despiciendas mais alentadas considerações para justificá-la.

19. Finalmente, em casos específicos ligados aos elementos informativos colhidos pela autoridade administrativa, o art. 26 cuida da remessa imediata dos referidos elementos também ao Ministério Público.

20. De resto, e em conclusão, vale ressaltar que o Projeto representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de agilização da investigação criminal – consoante a mais moderna orientação do processo penal, que não pode mais atrelar-se à triste realidade brasileira atual de manifesta inaptidão para a produção dos importantes efeitos aos quais se destina”.

5. Estas, em síntese, as normas que integram o projeto que ora submeto ao elevado descortino de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

José Gregori – Ministro de Estado da Justiça

Projeto de lei 4.209/2001

Altera dispositivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os dispositivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Título II

Do inquérito policial e do termo circunstanciado

Art. 4º. Sendo a infração penal de ação pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do Ministério Público, procederá na função essencial de Polícia Judiciária ao correspondente registro e à investigação por meio de:

I – termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II – inquérito policial, em relação às demais infrações.

§ 1º. Quando a ação penal pública depender de representação ou de requisição do Ministro da Justiça, sem ela o inquérito policial não poderá ser instaurado.

§ 2º. Nos casos de ação penal de iniciativa privada, a autoridade policial procederá à investigação por meio de uma das modalidades previstas nos incisos I e II do *caput*, agindo somente mediante requerimento de quem tiver qualidade para ajuizá-la, formulado com observância dos seguintes requisitos:

I – narração do fato, com todas as suas circunstâncias;

II – individualização do autor ou determinação de seus sinais característicos, ou explicação dos motivos que as impossibilitam;

III – dados demonstrativos da afirmação da autoria;

IV – testemunhas do fato e de suas circunstâncias, quando possível com as respectivas qualificações e endereços, ou com anotação dos locais em que possam ser encontradas.

§ 3º. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, poderá comunicá-la, oralmente ou por escrito, à autoridade policial, que registrará a ocorrência e adotará as providências cabíveis.

§ 4º. O ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer, oralmente ou por escrito, à autoridade policial o início da investigação ou dirigir-se ao Ministério Público para que este a requisite.

§ 5º. Da decisão que indeferir o requerimento de investigação, ou quando esta não for instaurada no prazo, poderá o interessado recorrer em cinco dias para a autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público.

§ 6º. Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, para as providências cabíveis.

§ 7º. Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

Art. 5º. Se a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade lavrará, imediatamente, termo circunstanciado, de que deverão constar:

I – narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas;

II – nome, qualificação e endereço das testemunhas;

III – ordem de requisição de exames periciais, quando necessários;

IV – determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz;

V – certificação da intimação do autuado e do ofendido, para comparecimento em juízo nos dia e hora designados.

Art. 6º. Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, preservando-o durante o tempo necessário à realização dos exames periciais;

(...)

IV – ouvir o investigado;

V – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas;

VI – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 159);

VII – providenciar, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

§ 1º. Instaurado inquérito, as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado.

§ 2º. Os instrumentos, armas, e objetos materiais que tiverem relação com o fato, necessários para exame pericial complementar, ficarão sob a guarda dos peritos oficiais até a conclusão dos trabalhos periciais.

§ 3º. No inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente.

§ 4º. O registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.

§ 5º. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados à autoridade judiciária competente, ao Ministério Público e à família do preso, ou a pessoa por ele indicada.

Art. 7º. Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório.

Art. 8º. Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1º. O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.

§ 2º. O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei.

§ 3º. A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço.

Art. 9º. O inquérito policial deverá ser instaurado no prazo de dez dias após a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal (art. 4º., *caput* e §§ 1º. a 4º.).

§ 1º. Os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de vinte dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão.

§ 2º. Recebendo os autos, o Ministério Público poderá:

I – oferecer denúncia;

II – promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;

III – aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;

IV – requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.

§ 3º. A requisição de diligências, na forma prevista no parágrafo anterior, não obsta, ser for o caso, ao oferecimento da denúncia.

§ 4º. Encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público.

§ 5º. Recebendo os autos suplementares, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, o Ministério Público somente poderá oferecer denúncia ou promover o arquivamento, consoante o disposto no art. 28.

Art. 10. O inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de dez dias.

§ 1º. Excedido qualquer dos prazos assinados à polícia judiciária, o ofendido poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público, objetivando a finalização do procedimento e a determinação da responsabilidade da autoridade e de seus agentes.

§ 2º. As diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado.

Art. 11. Os instrumentos da infração penal, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos da investigação.

Art. 12. Os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base.

Art. 13. (...)

IV – requerer, ao juiz competente, a concessão de medida cautelar prevista em lei.

Art. 14. O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado poderão requerer à autoridade policial, ou ao Ministério Público, a realização de qualquer diligência, que será efetuada, se entendida necessária.

Parágrafo único. Quando o pedido for indeferido, o interessado poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público, objetivando a requisição da diligência.

Art. 15. Se o indiciado for menor, a autoridade nomeará curador para assisti-lo, preferencialmente advogado, vedada a nomeação de pessoa analfabeta e de servidor da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

Art. 16. Todos os atos da autoridade policial e do Ministério Público deverão indicar os fatos que os determinaram e ser fundamentados.

Art. 17. A autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos da investigação.

Art. 18. Arquivados os autos da investigação, por falta de base para a denúncia, havendo notícia de outras provas, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício, ou mediante requisição do Ministério Público.

Art. 19. Nas infrações penais, cuja ação seja de iniciativa privada, os autos da investigação serão remetidos ao juízo ou ao juizado criminal

competente, onde aguardarão providência do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

Art. 20. A autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos.

§ 1º. Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.

§ 2º. Nos atestados que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer dados referentes à investigação, salvo em caso de requisição judicial ou do Ministério Público.

Art. 21. É vedada a incomunicabilidade do preso.

Art. 22. A autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição territorial, independentemente de requisição ou precatória; assim como tomar as providências necessárias sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição, comunicando-as à respectiva autoridade.

Art.23. Ao remeter os autos da investigação ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao órgão competente, transmitindo as informações necessárias à estatística criminal.

Art. 26. Tratando-se de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, à ordem tributária ou econômica, os elementos de

informação serão remetidos pela autoridade administrativa também diretamente ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º. Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 2º. Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que a requirite.

§ 3º. Até que, sem sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou o indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4º. A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5º. O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar que os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6º. Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7º. Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer denúncia.

Art. 30. A ação de iniciativa privada caberá ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, ou às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva.

Art. 46. O prazo para oferecimento de denúncia, ou promoção de arquivamento, estando o indiciado preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito, ou de sua complementação, e de quinze dias, se estiver solto ou afiançado.

§ 1º. Quando o Ministério Público dispensar a investigação, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.

(...)

§ 3º. Descumprido qualquer dos prazos estabelecidos neste artigo:

I – os autos poderão ser requisitados pelo órgão superior do Ministério Público, de ofício, ou a pedido do ofendido, do investigado, ou do indiciado;

II – o ofendido poderá proceder na forma do disposto no art. 29.”

Art. 2º. Esta Lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.