

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Waldir Miguel dos Santos Júnior

**A ADEQUAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL AO PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO**

**Belo Horizonte
2015**

Waldir Miguel dos Santos Júnior

**A ADEQUAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL AO PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237a Santos Júnior, Waldir Miguel dos
A adequação da investigação policial ao processo penal democrático /
Waldir Miguel dos Santos Júnior. Belo Horizonte, 2015.
102 f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo penal. 2. Investigação interna policial. 3. Adequação (Ética). 4. Estado democrático de direito. 5. Princípios constitucionais. 6. Inquérito policial.
I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.1

Waldir Miguel dos Santos Júnior

**A ADEQUAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL AO PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) - PUC Minas

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros - PUC Minas

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes - PUC Minas

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2015.

Aos meus pais, Waldir e Bete,
à minha esposa Sandra,
por todas as razões e mais uma.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS.

À minha mãe, pela cumplicidade incondicional, por acreditar em mim quando nem eu mesmo acreditava.

Ao meu amigo- pai, homem de caráter, que não mediu esforços para a chegada deste momento.

Aos meus irmãos, Wálmisson e Walquíria, cada um ao seu modo sempre me ajudaram.

A minha afilhada, Maluzinha, pelo sorriso inocente de que muitas vezes precisei.

Aos colegas do escritório Cláudio Rocha advocacia, por entenderem minhas ausências.

Aos colegas da PUC Minas Serro, especialmente ao professor Doutor José Emílio Medauar Ommati, pela oportunidade e, ao professor Rodrigo Alves Pinto Ruggio, pela confiança.

Aos meus alunos de ontem, de hoje e de amanhã que me ensinam todo dia a ensinar.

A todos os meus professores, desde os do primário até os do Mestrado, afinal de contas a educação é um processo longo e árduo; em especial, ao meu orientador professor doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, por ter uma paciência de Jó com minhas limitações, e sempre com uma palavra adequada conduzir essa orientação com leveza, mas sem perder a firmeza necessária.

E, finalmente, mas não menos importante, a SANDRA, pelo amor que recarregou e recarrega minhas energias todos os dias.

“Quando eu saí em direção ao portão que me levaria à liberdade, eu sabia que, se eu não deixasse minha amargura e meu ódio para trás, eu ainda estaria na prisão.”
(Nelson Mandela)

RESUMO

Esta dissertação buscou estruturar a investigação policial no paradigma do Estado Democrático de Direito. Seu objetivo central foi adequar a investigação ao processo penal democrático. Na perseguição deste objetivo, fez-se um estudo acerca das técnicas dos sistemas processuais: inquisitório e acusatório. A partir daí, buscou o trabalho eleger a técnica acusatória como a mais adequada na conformação da investigação aos ditames democráticos. A pesquisa constatou que a investigação policial é preliminar e preparadora do processo, por isso, deve ela ser pautada desde o início no princípio da presunção de inocência. Posto isso, a investigação seguiu seu curso aderindo-se ao modelo constitucional de processo como mais adequado ao eixo de engrenagem entre a investigação e os princípios constitucionais atinentes ao processo penal. Concluiu-se, ao final, que a investigação policial não pode anular o processo, e, sim, prepará-lo, servindo de filtro a acusações infundadas e projetando para as partes o conteúdo da prova que será debatida, se prosperar o processo.

Palavras-chave: Investigação Policial. Adequação. Processo Penal Democrático.

ABSTRACT

This thesis sought to structure the police investigation in the paradigm of the Democratic Rule-of-law State. Its main objective is to adjust the police investigation to the democratic criminal proceedings. In pursuit of this objective, with the study of technical procedural systems: inquisitorial and accusatory. From this point, this work elected the accusatory technique as the most suitable in the conformation of research on democratic dictates. The survey revealed that the police investigation is preliminary and preparer of the process, so it must be based from the beginning on the principle of presumption of innocence. That said, the investigation took its course adhering to the constitutional process model as the most appropriate to the axis of gear between the police investigation and the constitutional principles related to the criminal proceedings. The conclusion is that the police investigation can not abort the process but must prepare it, serving as a filter to unfounded accusations and designing for the parties the contents of the evidence that will be debated, if the process prosper.

Keywords: Police Investigation. Adequacy. Democratic Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 INVESTIGAÇÃO POLICIAL	21
2.1 Terminologia.....	21
2.2 Origem e influências da Investigação Policial no Brasil.....	22
2.3 Órgão legitimado: Polícia x Juiz instrutor x Ministério Público	30
2.3.1 Investigação policial	30
2.3.1.1 Juiz Instrutor.....	32
2.3.1.2 O Ministério Público.....	34
2.4 A investigação como filtro das acusações infundadas	36
2.5 Projeto do Senado 156/2009 e projeto de lei 8045/10.....	40
3 INVESTIGAÇÃO E PROCESSO A PARTIR DA TÉCNICA NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	45
3.1 O modelo constitucional de Processo	45
3.2 A técnica no Direito.....	46
3.3 A técnica inquisitória: a cognição plena anulando a processualidade	48
3.4 Técnica acusatória: a cognição parcial preparando o processo	56
4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SISTEMA ACUSATÓRIO COMO REMODELAGEM DA INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	65
4.1 O princípio da presunção da inocência.....	65
4.2 Sistema acusatório demarcando as funções.....	69
4.2.1 Ministério Público Coordenador	72
4.2.2 Polícia técnica investigativa.....	74
4.3 Demarcação formal do sujeito passivo na investigação: Do Indiciamento ao <i>status</i> de investigado.....	76
4.4 Índícios x prova	79
4.5 Cautelaridade Penal: a investigação e o processo constitucional (contraditório + ampla defesa).....	81
4.6 Juiz das garantias	87
4.6.1 <i>Exclusão física dos autos Inquérito dos autos do Processo como exigência do sistema acusatório</i>	89
5 CONCLUSÃO	93
REFERENCIAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi importante revisitar as origens da investigação policial, que são fruto de uma centralização política autoritária e que, para cumprir seus objetivos, filiou-se à lógica inquisitória.

Necessário se fez reportar à investigação preliminar frente ao processo constitucional acusatório, uma vez que tal investigação tem sido desvirtuada de sua finalidade que, antes de tudo, e, ao mesmo tempo, seria colher elementos mínimos indícios para que a acusação tivesse condições de fomentar a ação penal, mas também de servir de “filtro” a acusações infundadas. Neste aspecto, não deve a investigação “perder tempo” com a realização de atos com conteúdo essencialmente probatório, pois ela não é fase de exaurimento de atos, já que não é o local adequado para se produzirem provas, no sentido técnico da palavra.

Analisa-se o princípio da presunção de inocência, como norma de tratamento, que se faz necessário desde a investigação. Como marco do presente trabalho, a dissertação indicará o modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera (1997), levado a efeito por Flaviane de Magalhães Barros (2008, 2009), mostrando que princípios constitucionais se fazem presentes desde a investigação, neste aspecto importante será o relevar a presunção de inocência sistema acusatório como eixos de engrenagem de uma investigação adequada às exigências democráticas. Desse modo, as funções do Ministério Público, do Juiz e principalmente da Polícia ganharão relevo, pois não se adequam ao Estado Democrático de Direito com funções de Estado flutuando na discricionariedade. Nesse aspecto, analisa-se como o modelo inquisitório manteve-se presente até os dias de hoje. Sustentou-se na exposição de motivos do Código de Processo Penal a vantagem e a praticidade da investigação inquisitiva para o Estado, no entanto, indica-se, que tal modelo não se conforma com as exigências nascidas a partir de 1988. O investigado não pode mais continuar sendo visto e tratado como mero objeto da investigação, com o afastamento da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa independentemente da autoridade policial estar realizando ato de investigação ou ato de prova.

Por fim, o trabalho, em consonância com o sistema acusatório e modelo constitucional de processo, visualiza a implantação do juiz das garantias, figura que

já se faz presente no anteprojeto do novo Código de Processo Penal e que tanta inquietude traz à comunidade jurídica.

É inegável o grave perigo de contaminação do julgador, se os autos do Inquérito se destinarem ao juiz que irá decidir o caso penal; mas, com a implantação do Juiz de garantias, tal inconveniente estaria, em tese, suavizado.

Através da estrutura apresentada, pensa-se que a investigação policial muito contribuirá para um processo penal de viés eminentemente democrático. Filiando-se desde a investigação à estrutura acusatória e reconhecendo o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, talvez nos aproximemos desse modelo processual que realmente tenha ganhos democráticos.

Ao se pretender reestruturar o processo penal a partir das bases constitucionais democráticas, é imprescindível que se comece pela investigação. Nesse sentido, a dissertação buscou a adequação da investigação preliminar às exigências do Estado Democrático de Direito, elegendo a técnica acusatória como fator de referência.

A investigação é um momento de suma importância para o processo, uma vez que se trata de procedimento preparatório para definição do conteúdo da acusação e orientação da prova que será produzida pelo Ministério Público, na fase de instrução.

Assim, o presente trabalho está organizado em 5 capítulos.

Na introdução, estão detalhados os objetivos e a justificativa da escolha do tema.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a investigação policial no Brasil, suas origens e influências, momento em que se busca demonstrar como foi a trajetória da investigação até se chegar ao modelo que temos hoje.

O terceiro capítulo evidencia a técnica inquisitória adotada pelo Código de Processo Penal e, logo em seguida, procura confrontá-la com a técnica acusatória, técnica compreendida como adequada ao processo penal democrático.

O quarto capítulo é dedicado ao princípio da presunção de inocência princípio este que norteia o processo penal democrático, impondo ao Estado a responsabilidade na acusação, pois a investigação insuficiente acarreta uma acusação leviana.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência é um eixo na remodelagem do processo penal às exigências do Estado Democrático de Direito.

O capítulo 5, último capítulo da presente dissertação, contém as considerações finais que indicam os resultados de toda a pesquisa.

2 INVESTIGAÇÃO POLICIAL

2.1 Terminologia

No Brasil, a terminologia geralmente utilizada para se indicar a fase que antecede a ação penal é Inquérito Policial, nos termos do Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), Livro I, Título II, (BRASIL, 1941).

O termo investigação deriva do latim *investigatio* (*in* = dentro) + *vestigium* (= marca, sinal). Precisamente, significa entrar nas marcas nos sinais deixados por algo. (SOUSA, 2005, p.11). Já o termo policial indica aqui, tão somente, o órgão responsável por presidir essa investigação.

Há quem utilize outros termos como, por exemplo, instrução preliminar. O vocábulo instrução deriva do latim *instruere*, significa ensinar, informar fazendo alusão à própria finalidade da investigação, que é colher elementos mínimos para formação da convicção do titular da ação penal pública, o Ministério Público. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.38).

No entanto, não se pode confundir a instrução da fase pré-processual, que é eminentemente uma investigação, com a instrução também realizada no processo. Nesse sentido, seria necessário o acréscimo do termo preliminar, do latim prefixo *pre* (antes) e *liminares* (algo que antecede de porta de entrada) deixando o caráter “porta de entrada” do processo penal com a função de evitar acusações infundadas. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.38).

Nesse diapasão, também seria incoerente falar-se em uma investigação que não seja eminentemente preliminar, uma vez que não existe uma investigação definitiva. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.38).

Desta forma, um dos objetivos do presente trabalho é discutir a investigação compreendida a partir do órgão que a preside na atual sistemática do Código de Processo Penal; no caso, se elegeu a Polícia.

Assim, será utilizado como padrão o termo Investigação Policial, dada a relevância que se quer dar a investigação quando realizada por este órgão, não obstante, invariavelmente, serem utilizados outros termos, como inquérito policial, por exemplo.

Cumprido destacar ainda, de acordo com a maioria das legislações processuais, que a Polícia é reconhecidamente, seja por ordem de funcionários

judiciais ou do Ministério Público¹, como órgão responsável por realizar as investigações em âmbito criminal (CHOUKR, 2004, p.154).

Não é objetivo desse trabalho fazer um estudo minucioso da estrutura da polícia, mas sim adequar a investigação quando ela for realizada no Estado Democrático de Direito. Vale lembrar que:

Mais talvez que qualquer regime outro regime político, a democracia depende muito da qualidade de sua polícia, assim como do apego dos policiais aos valores que a fundamentam,[...] e que do campo dos enfrentamentos políticos, a democracia tem necessidade da polícia: uma sociedade livre, um certo nível de ordem, ou ainda, de previsibilidade nas trocas sociais cotidianas"[...], uma vez não só os cidadãos esperam da polícia que ela lhes assegure um certo nível de segurança, mas pedem que o faça de tal modo que sua convicção democrática saia reforçada. (MONET, 2001, p.29).

O vocábulo polícia origina-se do grego *politeia*, sendo utilizado para designar todas as atividades da cidade-estado (polis), como se percebe, muito vago, em relação ao sentido atual. (DI PIETRO, 2006, p.126).

Na Idade Média, já se podia notar certa semelhança do termo polícia com a noção atual. Naquele período, o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus polittiae* e que designava tudo o que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa moral religiosa de competência exclusiva da autoridade eclesiástica. (CRETELLA JÚNIOR, 1986, p.578).

Postas estas considerações, frisa-se que será utilizada, como padrão no transcorrer do presente trabalho, a expressão investigação policial, já que se quer destacar a investigação realizada pela polícia, sem abarcar todos os modelos de investigação pré-processual.

2.2 Origem e influências da Investigação Policial no Brasil

A investigação realizada pela Polícia no Brasil é decorrência do próprio processo de centralização política² os liberais queriam a descentralização, mas

¹ No capítulo 4 será analisada a legitimidade de investigação revisada pelo sistema acusatório.

² No Brasil Império, a década de 30 é marcada pelos movimentos revolucionários que eclodiram no país de norte a sul. Nesta época Dom Pedro I em 1831 abdicava do trono e o país passava por instabilidade política desencadeando uma luta pelo poder entre liberais e conservadores. Nesse sentido, houve revoluções diversas: a Farroupilha no Rio Grande do Sul no ano de

acabaram sufocados pelos conservadores que conseguiram implantar uma política centralizadora e autoritária.

Uma das primeiras medidas implementadas foi a reforma do Código de Processo Criminal de Primeira Instância. A Lei 261, promulgada em 03 de dezembro de 1841, e seu respectivo regulamento, publicado em 31 de janeiro de 1842, sob o número 120, expressam a vontade dos conservadores e monarquistas de instituir, através de um aparelhamento policial altamente centralizado, meios de repressão³ fortes e eficazes, contra a desordem que reinava no país.

No novo contexto, a polícia conjuga as funções polícia administrativa e judiciária, concentrando ainda a função de investigação na formação da culpa⁴.

O procedimento adotado durante toda investigação segue a lógica inquisitória, no entanto, registre-se que a inquisitorialidade tem momentos específicos. Na Roma Imperial houve a potencialização da investigação, como momento pleno do Estado. O próprio magistrado, sem necessidade de provocação, realizava investigação de acordo com seu puro arbítrio, pois, com a dificuldade de a vítima exercer seu ônus probatório e o aumento vertiginoso da criminalidade, o Estado, cada vez mais, assumia o controle da justiça criminal.

Já na era medieval a inquisitorialidade assume posturas religiosas, potencializada pela Inquisição, sobretudo, na Espanha e Portugal. O procedimento inquisitório, como embrião, pôde ser visualizado no Egito na antiguidade (PRADO, 2006, p.71), no entanto, foi com a criação da Inquisição pela Igreja Católica por volta do século XIII, que realmente chegou ao seu ápice, enquanto instituição procedimental, primeiramente na Espanha, em 1478, e, posteriormente, em Portugal, em 1536, tendo preocupações nitidamente políticas, e não religiosas.

Essa lógica irá influenciar, séculos depois, várias legislações, e com o nosso Código de Processo Penal⁵ não foi diferente.

1835.Cabanagem , na província do Grão- Pará, entre os anos de 1835 e 1840. Sabinada, na província da Bahia, entre os anos de 1837 e 1838. Balaiada, na província do Maranhão, entre os anos de 1838 e 1841.

³ Antes a instrução estava entregue aos juízes de paz, no entanto, estes não conseguiram conjugar a formação primária de culpa com a repressão às revoltas que eclodiram no país à época.

⁴ Com a nova legislação, as atribuições dos juízes de paz se resumiriam: “à custódia de ébrios, à repressão dos vadios, mendigos, turbulentos e meretrizes escandalosas, à destruição de quilombos, nos termos de bem viver e segurança” (ALMEIDA, 1973, p.64)

⁵ O artigo 20 do Código de Processo Penal diz que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

No que tange à nomenclatura investigação policial ou similar em solo *tupiniquim*, inicialmente, nenhum registro foi feito, pois regiam no Brasil as ordenações Filipinas, compilação jurídica portuguesa que buscava reunir leis tradicionais de Portugal. Não se pode deixar de mencionar que, com essas Ordenações, as devassas⁶ foram formalmente reguladas, constituindo-se um “instrumento, agora institucionalizado, de exercício do poder de inspecionar o empreendimento colonial” (MARTINS, 2010).

A formação de culpa é a parte preliminar do processo criminal ordinário, por meio do qual o juiz investiga, colige todos os esclarecimentos, e conclui se o crime existe ou não. Tudo isto compreende todos os atos, medidas e precauções legítimas, que possam conduzir o juiz ao descobrimento da verdade. (BUENO, 1889, p. 94).

As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 1603, período este em que ainda não existia no Brasil uma investigação policial. Nessa época o Brasil ainda era colônia portuguesa e sofria diretamente os reflexos das legislações lusas. O *conhecimento dos crimes chegava a juízo por meio de devassas ou inquirições, de querelas⁷ e de denúncias⁸*. (PIERANGELLI, 1983 p.65).

Em Minas Gerais, devassas gerais eram instituídas por motivos os mais insignificantes, principalmente no auge do ouro em Ouro Preto e do diamante em Diamantina. No Arraial do Tijucu, atual Diamantina, a cidade foi fechada, para não haver extravio de diamantes; capitães do mato eram colocados de prontidão para prender negros e garimpeiros que se encontravam próximos às minerações. *Abriu-se uma devassa geral contra violadores do bando, e em breve os cartórios se entulhavam de processos, que se instauravam todos os dias pela mais insignificante contravenção*. (SANTOS, 1976, p.59).

As ordenações Filipinas sequer faziam distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, e mantinham expedientes notadamente inquisitoriais como as

⁶ As Devassas eram uma forma de apuração de fato criminoso. Nas ordenações Filipinas poderiam ser gerais ou especiais. As gerais recaíam sobre delitos incertos: Uso indevido de dons, incestos entre pessoas. Já as devassas especiais recaíam sobre o que era passível de investigação sobre o agressor, pois o delito era certo: Homicídio, por exemplo. (PEREIRA E SOUZA, 1820, p.22- 24).

⁷ Querela era a delação que alguém fazia no juízo competente de uma fato criminoso de interesse público, ou, ainda, como ofendido, do que lavrava o auto de querela. (PIERANGELLI, 1983, p. 63).

⁸ A Denúncia só tinha lugar nos delitos que admitiam devassas ou naqueles em que a lei expressamente a facultava [...] A única solenidade da denúncia era o juramento. O denunciador, na hipótese de o denunciado ser achado sem culpa era condenado às custas. (PIERANGELLI, 1983, p.68).

devassas e a formação antecipada de culpa. Em solo brasileiro, esses expedientes foram abolidos pela Lei de 12 de novembro de 1821.

Em 1822, D. Pedro I proclamou a Independência do Brasil e inaugurou um novo período histórico com grandes reflexos normativos, como a promulgação da Constituição do Império de 1824.

A cronologia do trajeto da investigação criminal no Brasil, até o surgimento da nomenclatura que temos atualmente, se deu paulatinamente. Em 1821, período do Brasil colonial, a justiça estava ligada a Portugal e o príncipe regente D. Pedro foi quem criou os primeiros tribunais no país, consolidando a independência judiciária e política brasileira.

Em 1832 publicou-se no Brasil o primeiro Código de Processo Criminal, o Código Criminal do Império. Foi o contexto do primeiro Código Penal do Império de 1830. O Código de Processo surgido em 1832 apenas traçava normas a respeito das funções dos Inspetores de Quarteirão, mas esses Inspetores não exerciam atividades de polícia judiciária. Embora houvesse vários dispositivos sobre o procedimento informativo, não se tratava do inquérito policial, com esse *nomen juris*.

Em 3 de dezembro de 1841 foi dada origem ao inquérito policial, não com este nome, que só seria regulamentado em 20 de setembro de 1871, com a lei número 2.033. A lei número 261 de 1841 impunha obrigações aos Chefes de Polícia como: remeter todos os dados e provas colhidas sobre as investigações ao juízo competente, dando nítida característica de instrução preliminar, através do inquérito policial. Em 20 de setembro de 1871, houve a regularização da instrução preliminar, agora com o nome inquérito policial. A Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo decreto número 4.824, de 22 de novembro de 1871 trazia imposições a serem cumpridas pelos chefes, delegados e subdelegados de polícia e utilizava a nomenclatura inquérito policial. Foi com a Lei número 2.033 que surgiu o inquérito policial com essa denominação, conceituado no artigo 425. (PASSOS, 2012).

A atual investigação policial brasileira, realizada através do inquérito policial, tem inspiração autoritária e é fruto do regime autoritário da época, sendo influenciada pelo Estado Policial, não se compatibilizando com os anseios democráticos almejados a partir de 1988.

Esse era o cenário construído para a investigação policial no Brasil. Como se

nota, apesar de a Constituição de 1988 no seu artigo 144⁹, determinar as funções da Polícia Judiciária, ainda não se vê sua principal função, a investigação adequada ao paradigma Do Estado Democrático de Direito¹⁰, e ao respeito irrestrito aos direitos individuais fundamentais.

Contudo, apesar de todo este histórico que a investigação realizada pela Polícia carrega em seu âmago, é inquestionável sua importância para o Estado Democrático de Direito, e, muito mais que mudar a nomenclatura, o que se tem a fazer é uma adequação de sua estrutura e mentalidade de Polícia aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Para Aury Lopes Júnior (2006), permanecem três fundamentos que justificam a existência da instrução preliminar, que são a busca do fato oculto, salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 117)

Vejam-se também os motivos que justificaram a investigação pela Polícia na exposição de motivos do Código de Processo Penal e Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal

⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

[...]

IV - polícias civis;

[...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

7 Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (BRASIL, 1941).

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

[...]

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e privilegiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.

[...]

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

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. [...] (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Basta uma leitura superficial sobre a exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro para enquadrá-lo no marco do Estado Social, em que se privilegia o bem comum em detrimento de direitos individuais. Nessa quadra é facilmente perceptível que o objetivo é manter a sensação de paz social, seja a que preço for. Veja que na exposição de motivos, amplos poderes são dados ao Delegado de Polícia, que como órgão estatal tem a função de garantir a ordem e segurança da sociedade.

Nesse sentido, importa acentuar que a partir da Constituição da República de 1988, houve a constitucionalização da investigação criminal no Brasil, uma vez que ela passou a constar do texto da Carta Magna. Do mesmo modo, a Constituição

pátria expressou os órgãos e os agentes públicos, aos quais foi atribuída a função de investigação das infrações penais. O que urge é adequar a investigação policial ao paradigma¹¹ do Estado Democrático de Direito¹².

A exposição de motivos também apresenta uma justificativa que é de todo pertinente para a manutenção da investigação policial na democracia. Sua importância reside no fato de se evitarem juízos precipitados e infundados com possíveis prejuízos irreparáveis ao investigado, delimitando o objeto da acusação e norteando a produção da prova.

Segue abaixo trecho extraído da exposição de motivos do Código de Processo Penal, onde se visualiza esta importância:

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. [...] Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena. (BRASIL, 1941).

Contudo, apesar da importância da investigação policial para a acusação, sua essência ainda é de inspiração autoritária. Observa-se que ela foi regulamentada no ano de 1841 com um Estado nitidamente Policial, e, anos depois, foi recepcionada pela Constituição de 1937¹³, conhecida pelo seu caráter fascista.

¹¹ O termo paradigma a partir da obra *A Estrutura das Revoluções Científicas* vem sendo entendido como conjunto de hipóteses científicas gerais e leis e diretrizes técnicas necessárias à sua aplicação assim adotado por uma comunidade científica, verdadeiras realizações científicas reconhecidas em âmbito universal, as quais, durante certo tempo, na busca da resolução de determinados problemas, fornecem soluções modelares para praticantes de determinada ciência. (KUHN, 1996, p. 55).

¹² Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias o termo paradigma é inadequado para o Direito, com o propósito específico de expressar o conjunto das ideias determinantes e estruturadoras das figuras jurídico-constitucionais Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. Para esse autor melhor compreender o termo Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistema jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional (DIAS, 2012, p. 57).

¹³ Lembra-se que a exposição de motivos da investigação está no Código de Processo Penal de 1941, época que tínhamos no Brasil um Estado muito mais social do que democrático de Direito.

Importa salientar que o inquérito policial é um dos procedimentos de investigação recepcionado, sim, pela atual Constituição,¹⁴ obviamente, existem outros como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, igualmente previstas no texto constitucional no artigo 58, parágrafo terceiro.

Por isto, este trabalho reconhece a Investigação realizada pela Polícia como constitucional, o que se coloca em discussão é a forma, a estrutura, e principalmente como vai ser esta investigação, frente ao paradigma democrático que inaugura o texto constitucional.

Noutro giro, Aury Lopes Júnior (2006) diz que o inquérito policial está em crise. Crise que se materializa nas imperfeições de nosso sistema, havendo uma unanimidade: “não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta pouca utilidade para o juiz, principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 70).

Sem dúvida, a herança inquisitorial é um entrave para se compreender que a investigação policial somente será completamente legítima se adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. No entanto, para isto há de se reconhecerem direitos e garantias ao sujeito passivo já na fase de investigação.

De início, ao invés de se debater a nomenclatura da investigação, seria um bom caminho demarcar os limites da investigação, bem como a atuação dos sujeitos que atuam nas fases pré-processual e processual¹⁵.

Isto porque, embora para muitos a investigação quando realizada pela polícia intitulada no Brasil como inquérito policial, seja de natureza eminentemente administrativa, se tem negligenciado muito seu estudo em sede dos direitos processuais e isto não é exclusividade brasileira:

O direito de polícia porque inferior, ou pior, nem direito representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos. Manifesta-se, todavia, nesta matéria, uma espécie de esquizofrenia da ciência jurídica: tão atenta aos limites entre o direito penal e administrativo, com respeito às contravenções e aos outros delitos de bagatela, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem à despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policiais e administrativas restritivas da liberdade pessoal. (FERRAJOLI, 2002, p. 616).

¹⁴ Há referência expressa ao Inquérito Policial no artigo 129 inciso VIII da Constituição da República que trata das funções institucionais do Ministério Público. (BRASIL, 1988).

¹⁵ Nesse sentido, vale a pena a leitura da dissertação de Mestrado **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual de José de Assis Santiago Neto apresentada na PUC Minas em 2011, publicada pela Lumen Juris em 2012.

Assim, tratando-se de procedimento que antecede a fase formalmente processual, há de se analisar qual o objetivo da investigação policial nas democracias.

2.3 Órgão legitimado: Polícia x Juiz instrutor x Ministério Público

No Brasil, sabe-se que a investigação em âmbito criminal pertence à Polícia Judiciária, ainda que não exclusivamente, órgão legitimado com amplo poder de mando na colheita de dados que reunirão elementos mínimos de prova da existência do crime e indícios mínimos de sua autoria.

Neste item, o trabalho irá focalizar as vantagens e desvantagens na presidência da investigação, para ao final tentar indicar um modelo que melhor se adeque com o paradigma democrático.

2.3.1 *Investigação policial*

Modelo adotado no Brasil, a Polícia Judiciária tem amplos poderes na direção da investigação criminal.

Na estrutura atual, Polícia não é um mero auxiliar, senão verdadeiro diretor da instrução preliminar com autonomia para dizer as formas e os meios empregados, inclusive não se pode dizer que exista uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores. (LOPES JUNIOR, 2006, p.70).

Aury Lopes Júnior (2006), ao continuar analisando as vantagens e desvantagens da Investigação Policial, detecta, na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, o principal argumento para a permanência do Inquérito Policial como modelo de gestão de investigação a ser adotado no Brasil.

Sem dúvida, o principal motivo de delegar à Polícia a titularidade da fase pré-processual foi a extensão territorial do Brasil, sendo a investigação policial mais barata e teoricamente mais célere para o Estado.

Não há dúvida de que a polícia tem condições de atuar em qualquer parte do país, desde os grandes centros até os povoados mais afastados. Isso confere, principalmente, em países de grandes dimensões territoriais como Brasil, uma nota de efetividade da persecução, pois a polícia está em todos os lugares.

Definitivamente, sua abrangência é maior que a de juízes de instrução ou dos promotores investigadores (LOPES JÚNIOR, 2006, p 71).

Como já mencionado nesse trabalho, a investigação policial a cargo da polícia também é mais vantajosa para o governo, uma vez que na estrutura brasileira tanto a polícia civil como a militar está alocada no âmbito do poder¹⁶ executivo, o que facilita o poder e controle do órgão e das atividades por parte dos interesses políticos.

Sob o ponto de vista das normas constitucionais, a interpretação pela polícia, sobretudo as atinentes a direitos fundamentais do investigado são vistas como mecanismos que fomentam a impunidade. Aury Lopes Júnior (2006) destaca sua insatisfação com a investigação a cargo da Polícia, uma vez que não se pode resistir aos avanços democráticos e não se pode tentar adequar as normas constitucionais ao ultrapassado Código de Processo Penal de 1941 (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 74). Por fim, o autor é ainda mais contundente ao afirmar que o inquérito policial passa por uma crise, pois:

Não serve para o MP, pois, ao ver levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende a suas necessidades. Ademais, é patente o descompasso na relação com o promotor policial.

Não serve para a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade de o sujeito passivo participar da investigação e solicitar diligências. Ademais, em regra geral, a autoridade nega arbitrariamente o contraditório (visto como direito de informação) e o direito de defesa (ainda que em grau mínimo e previsto na Constituição)

Não serve para o juiz, porque a própria forma de atuar da polícia não permite dar maior credibilidade ao material colhido. (LOPES JÚNIOR 2006, p.75).

¹⁶ Atualmente consagra-se a expressão funções fundamentais do Estado, em substituição ao uso das expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, pois essas estão assentadas na ideia tecnicamente superada da tripartição de poderes. Assim, sustenta-se a ideia é de um único poder do Estado, que é exercido sobre os indivíduos, pelo exercício das suas três funções, ou seja, a jurídica, a executiva e a jurisdicional. A figura do Estado deve ser concebida como ordenação de várias funções que são atribuídas a órgãos diferenciados, segundo previsão constitucional. A atividade ou função é que deve ser considerada repartida e não o poder do Estado. (DIAS, 2012, p. 18). Para Rosemiro Pereira Leal (2001) a expressão poderes, largamente utilizada como unidades míticas de comandos que podem mais do que a lei, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado, ou seja, acima de tudo e de todos, tornou-se arcaica com o advento do Estado moderno, porque, em face da atual democracia, a única fonte de poder é o povo. (LEAL, 2001, p. 125). Dentre os princípios fundamentais estruturadores do Estado Democrático de Direito, sobressai o princípio da democracia, segundo o qual todo poder emana do povo, sendo que ele é exercido diretamente pelo povo, através de plebiscito, referendo e pela iniciativa popular ou diretamente, por meio de representantes que foram eleitos pelo povo, através de voto direto, secreto, universal e periódico. (DIAS, 2006, p. 653).

Postas essas considerações, forçoso é concordar com Aury Lopes Júnior (2006): a investigação presidida pela Polícia, tal qual estruturada no Inquérito Policial passa por uma verdadeira crise, exigindo imediata revisitação. Para contribuir com a análise que se quer neste trabalho, necessário se faz, antes de se tentar adequá-la ao processo penal democrático, analisar outros órgãos diretores da investigação, e, imprescindível é o esforço que se fará adiante.

2.3.1.1 Juiz Instrutor

Como é sabido, o projeto de Lei 156/2009 foi enviado em 2010 à Câmara dos Deputados, recebendo o número 8045/ 2010. No referido projeto, há a criação da figura do Juiz das Garantias, o que se pode numa leitura apressada concluir que o Código de Processo Penal estaria, caso o projeto se torne Lei, instituindo o Juiz de Instrutor. (SARNEY, 2009).

Para evitar tal conclusão, é necessário analisar o que seria o Juiz Instrutor, e como ele influenciou várias legislações. Essa análise será de grande valia neste momento, pois permitirá uma melhor compreensão, e principalmente distinção do chamado Juiz das Garantias¹⁷.

Com a implementação do chamado sistema misto, o sistema inquisitivo tal como potencializado na Idade Média foi perdendo força. Nesse sistema fixou-se uma divisão entre fase preliminar, em que seria realizada a investigação e a posteriori seria iniciado o processo.

Pois bem, o juiz instrutor assim ganha relevo justamente na fase inicial, uma vez que seria ele o responsável por presidir a investigação¹⁸. Nesse sistema, o juiz instrutor extirparia a figura do Inquérito Policial, uma vez que toda investigação estaria sendo dirigida pelo próprio juiz, acabando a função do Delegado de Polícia.

A figura do Juiz Instrutor tem raiz histórica em solo francês, notadamente com a chegada de Napoleão ao poder.

Como bem trata Fauzi Hassan Choukr (2006, p.25), o juizado de instrução, de sólidas raízes históricas e associadas ao sistema processual penal, é um símbolo da

¹⁷ O Juiz das Garantias será estudado dentro capítulo que tratará do sistema acusatório, momento este adequado a análise de tal figura.

¹⁸ “Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para apontar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar e a ele decidir, na fase intermediária, pela admissão ou não da acusação” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 76).

repressão criminal naquele país.

Conforme o Código de Processo Penal Francês em seu artigo 81, o juiz deverá proceder de acordo com a lei, recolhendo todas as informações que considere relevantes para a manifestação da verdade, “inclusive os necessários para informar sobre a personalidade do sujeito passivo e aqueles elementos que possam servir para a defesa. Investiga sobre os fatos materiais e também sobre a personalidade do autor” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 261).

Aury Lopes Júnior (2006, p. 77) adverte que originariamente a figura do juiz instrutor estava intimamente ligada ao juiz inquisidor, pois, inicialmente, o juiz instrutor atuava como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando. Contudo, hodiernamente, não se pode indicá-lo como puro inquisidor, principalmente porque ele não mais acusa. Mas não se pode negar que ainda permanecem ranços da figura inquisidora, inerente à própria posição de investigador.

A figura do juiz instrutor francês atualmente deve investigar para a acusação e para a defesa, pessoalmente ou através da polícia¹⁹ que seria um órgão auxiliar, já que não tem poder de mando algum, apenas seria um órgão cumpridor de ordens.

Na Espanha, também pode ser visualizada a figura do juiz instrutor, já que, na fase investigatória, é possível detectar a figura do juiz presidindo a investigação. Esse juiz possui poderes para diretivas comportando-se como um investigador, colhendo elementos de convicção, “atuando de ofício e sem estar submetido ou vinculado a petições do Ministério Público ou da defesa, que são meros colaboradores” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 248).

Atualmente, segundo o modelo espanhol, o juiz instrutor atua na fase investigatória e não atuará no processo.

Obviamente, assim como no modelo de investigação Policial é possível apontar vantagens e desvantagens no modelo do juiz instrutor.

A investigação preliminar judicial, a cargo de um modelo de juiz instrutor, tem como principal vantagem a garantia de ser realizada por um órgão suprapartes. Mas isto só é possível se este juiz não participar do julgamento final. Com isso, a tripla fundamentação da existência da instrução preliminar (buscar o fato oculto, salvaguardar a sociedade e atuar como filtro processual, evitando acusações infundadas) encontram melhores

¹⁹ A polícia judiciária está sob a supervisão do Procurador-Geral e é encarregada, nos termos do artigo 14, de constatar as infrações à lei penal, reunir as provas e procurar os autores, enquanto uma investigação não esteja instaurada. Esses poderes são exercidos seja após instrução do Procurador da República ou ainda sob a direção do juiz de instrução após o início da investigação (DERVIEUX, 2005).

condições de efetividade, principalmente pela maior qualidade das investigações, que terá maior probabilidade de ser útil tanto para acusação quanto para a defesa (LOPES JÚNIOR, 2006, p 86).

Acrescenta-se que na investigação são praticados atos que limitam direitos fundamentais. Nesse sentido, nada melhor do que um juiz para sopesar e garanti-los, sendo inconcebível no paradigma do Estado Democrático de Direito que tais direitos estejam ao alvedrio do Ministério Público, ou da Polícia.

O grande inconveniente do juiz instrutor é, sem sombra de dúvidas, a gestão da prova.

A comparação da instrução preliminar judicial com o sistema acusatório exige uma análise desapassionada. Se entendermos que o sistema acusatório significa, simplesmente, a separação das atividades de acusar e julgar, ou seja, que a acusação deve ser exercida por uma pessoa distinta daquela que acusa, a figura do juiz instrutor por si só não viola o postulado do modelo acusatório. O juiz instrui e o MP acusa para outro juiz julgar.

Sem embargo, a conclusão é distinta se verificarmos, de forma ampla, que o modelo acusatório atual propugna pela igualdade das partes com relação às oportunidades no processo, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao trabalho de investigação e passivo no que se refere ao recolhimento da prova, tanto das provas de imputação como das de descargo; cujo procedimento é regra oral; com publicidade, e principalmente, contraditório. Nesse caso, cortejada a figura do juiz instrutor com as demais características do sistema (segredo, forma escrita, ausência de igualdade e de contraditório, atividade de ofício do juiz na investigação do fato etc.) chegamos à conclusão de que o modelo está contrário ao sistema acusatório. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 87-88).

É que o atuar de ofício do juiz instrutor é ranço da inquisitorialidade, a busca da verdade é uma ambição inquisitorial²⁰ que o sistema acusatório não comporta, uma vez que exige um atuar demarcatório dos sujeitos²¹ na produção da prova.

2.3.1.2 O Ministério Público

A investigação realizada pelo Ministério Público é a tendência, uma vez que a finalidade da investigação é justamente colher elementos mínimos para que o titular do direito de acusação pública possa ofertar a ação penal.

²⁰ Nesse sentido, leia-se na belíssima tese de doutorado do professor Salah H. Khaled Júnior (2013). *A Busca da Verdade no Processo Penal para Além da Ambição Inquisitorial* hoje publicada pela editora Atlas como livro.

²¹ Também interessante é a dissertação Mestrado de José de Assis Santiago Neto (2011), publicada pela lumen Juris.

A investigação a cargo do Ministério Público tem sido adotada na maioria dos países europeus em substituição ao juiz instrutor. É o que aconteceu com a reforma alemã de 1974. A partir daí, vários países seguiram essa tendência: Itália (1988) e Portugal (1995).

O Ministério Público investigador surge exatamente como alternativa viável à imparcialidade do juiz.

Manter o juiz alheio à investigação preliminar (invocando-o somente quando necessário para autorizar determinadas medidas restritivas) fortalece sua imparcialidade e aproxima a fase pré-processual à estrutura do processo. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.95).

Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr (2006):

No que tange aos papéis dos órgãos públicos procurou-se enfatizar o necessário distanciamento, pelo juiz, do transcurso da investigação e de sua fundamental inserção como único legitimado a mitigar direitos constitucionais (cautela pessoal , real e probatória) legalmente (entenda-se : com normas conformadas à Constituição) fixados, ao mesmo tempo que se apontava para a nova forma de relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia encarregada de investigações , isto no plano institucional , e a imperiosa necessidade de aproximar o legitimado ativo do contexto investigativo de forma a que ele pudesse vir exercer efetivamente a ação penal pública não apenas como um mero receptor de informações preparadas por outrem. (CHOUKR, 2006, p.184).

Com efeito, a investigação pelo Ministério Público, titular da ação penal Pública, é cada vez mais vista com bons olhos, pois melhor acusa quem investiga, e melhor investiga quem vai em juízo acusar.

Apesar de representar um avanço e apresentar vantagens em relação à investigação policial, a investigação a cargo do Ministério Público também possui seus inconvenientes.

Como lembra Aury Lopes Júnior (2006, p.96) o modelo está associado ao *“utilitarismo judicial”*, aí se combate a criminalidade a qualquer custo, em uma época que o Estado pretendia os fins com o abuso dos meios.

Vários são os exemplos históricos da supervalorização do Ministério Público como grande paladino da segurança pública e de combate à criminalidade, exemplos estes que mostraram na verdade um retrocesso ao Estado de Polícia. Exemplo é o modelo de combate à máfia italiana.

A supervalorização do Ministério Público na Itália tem uma justificação histórica calcada no combate ao crime a qualquer custo, ainda que para isso se

cometam injustiças. A Itália do pós-guerra estava completamente assolada pela corrupção dos órgãos públicos, pela máfia e pelo crime organizado. A reforma de 1988 pretendia, de uma vez por todas, mudar esse panorama a qualquer custo.

E os frutos não tardaram. Já em 1992, quando o promotor Antonio di Pitro começa a investigar um “caso de menor importância”, culmina por colocar de manifesto um escândalo de corrupção sem precedentes (tangentópolis). A partir de então, *operazione mani pulite* – inicialmente levada a cabo por promotores de Milão e posteriormente por uma ampla equipe – processa, em menos de um ano, seis ministros, mais de uma dezena de parlamentares e os dirigentes das mais importantes empresas da Itália. Em 1997 este número é elevado a cinco mil pessoas, os interrogatórios passam de vinte mil e as cartas rogatórias a outros países superam as quinhentas. São números elevados e preocupantes, não só pelo nível de criminalidade que representa, mas principalmente porque por detrás deles está a elevada cifra da injustiça (pessoas inocentes injustamente submetidas ao processo). O que parece ser a supremacia da lei reflete na verdade o império do Ministério Público. As cifras indicam não só uma suposta eficácia da perseguição, mas também reais e elevadas cifras de abuso de autoridade, perseguição, perseguição política, desnecessária estigmatização e todo tipo de prepotência. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.97).

Outra questão que deve ser enfrentada é a imparcialidade do Ministério Público, como já mencionado nesse trabalho. O Ministério Público nasce justamente para garantir a imparcialidade do juiz. Como poderia o Ministério Público ser imparcial e ao mesmo tempo acusador?

O crítico mais incansável da ficção jurídica da imparcialidade do Ministério Público foi Carnerlutti segundo o qual não se pode ocultar que o (MP) exercita verdadeiramente a função de acusador, não poderia ele querer ser imparcial não representaria no processo mais que uma inútil e até molesta dualidade. (CARNERLUTTI apud LOPES JÚNIOR, 2006, p. 96).

Nesse sentido, o Ministério Público é o acusador público, como tal, uma parte parcial que, pela própria natureza, está obrigado a produzir provas concretas do que narra ao iniciar seu dever acusatório.

2.4 A investigação como filtro das acusações infundadas

Muito embora seja verdade que a função primordial da investigação é a colheita de elementos de materialidade e autoria para que o titular da acusação possa exercer seu direito de acusar com mínimo lastro, também é verdade que a investigação deve servir como filtro dessas acusações infundadas, ou seja, trata-se

de causa e consequência: não tendo a investigação elementos mínimos de autoria e materialidade, a ação penal nem mesmo deverá ser iniciada.

Interessante a ideia de João Porto de Silvério (2014) ao considerar a denúncia um provimento e como tal está coberto pela obrigatoriedade da fundamentação, pois é ela que permitirá garantir a fiscalidade e o filtro pelos afetados da decisão.

No entanto, entende-se que a mera fundamentação não satisfaz as exigências democráticas. Num Estado de Direito que pretende ser democrático a retórica²² não tem espaço, a fundamentação deve possibilitar debate dialógico dos afetados, não podendo ser um mecanismo imunizante da vontade do decisor, é a chamada “*lógica policêntrica*” encampada pelo professor Dierle José Coelho Nunes (2012):

A coparticipação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção da responsabilidade por todos os agentes processuais e a mudança de mentalidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual. (NUNES, 2012, p. 251).

Nesse sentido, a investigação é que ofertaria a possibilidade efetiva da instauração de fase intermediária no processo penal brasileiro. Assim, como filtro, não estaria ela imune aos direitos e garantias do processo, a investigação deve servir de filtro do filtro²³, “afastando os rasgos arbitrários e invasão indevida na vida privada” (DEU, 2008, p.131).

Pois a investigação é uma atividade fundamental para o sucesso ou

²² A Retórica era antes de qualquer coisa o discurso do Poder ou dos que aspiravam a exercê-lo. O orador escreve Chaim Perelman (2004), educava os seus discípulos para a vida ativa na cidade: propunha-se formar homens políticos ponderados, capazes de intervir de forma eficaz tanto nas deliberações políticas como numa ação judicial, aptos, se necessário, a exaltar os ideais e as aspirações que deviam inspirar e orientar a ação do povo. O discurso retórico visava à ação, por isso se propõe persuadir, convencer os que escutam da justeza das posições do orador. Este primado da ação leva a maioria dos sofistas, a desprezarem o conhecimento daquilo que discutiam, contentando-se com simples opiniões, concentrado a sua atenção nas técnicas de persuasão. (PERELMAN, 2004, p.70-77).

²³ A investigação policial deve de uma vez por todas abandonar a ideia obsessiva e exclusiva de persecução criminal, enquanto persecução do crime, a investigação em um sistema acusatório instalado no Estado Democrático de Direito tem muito mais funções, deve ser filtro no sentido de se evitar acusações infundadas, mas também caso um dia seja instalada a fase intermediária que seria segundo João Porto Silvério Júnior, citando Franco Cordero, seguindo o modelo italiano estruturado a partir de um audiência preliminar, na qual o Ministério Público exporia os dados da investigação, em seguida interrogaria o acusado com contraditório só então o juiz prosseguiria ou não com a persecução. (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, p.177).

insucesso da própria ação penal, por isto considerada como fase pré- processual que se liga necessariamente ao direito de acusar.

Sobre o assunto:

Os atos de investigação chamado Inquérito Policial são de mera informação prestável ao ativo da ação judicial e não constituem sequer preparo judicial.

Admitidos como preparatórios deve entender- se que são apenas para orientar o acusador ou o inquisidor na produção das provas, mas que não constituem prova escrita em juízo válida em juízo da causa ou em juízo da acusação. (ALMEIDA, 1973, p.73).

Nesse aspecto, a investigação criminal é a fronteira do processo. No Brasil, infelizmente, esta fronteira carece de uma ponte ou uma fase intermediária, sendo ali local adequado para as partes percorrerem o conteúdo e limites da acusação. Se ela não está estruturada sobre fortes vigas de materialidade e indícios de autoria, não há que se falar em iniciar a construção da ação penal.

Há sempre de lembrar que, no Processo Penal constitucional, vigora, como norte diferenciador, o princípio constitucional da presunção de inocência, justamente pelos direitos fundamentais que visa a garantir.²⁴

Não se pode, nesse sentido, considerar a investigação apenas como mero instrumento de segurança pública, pois o famigerado interesse coletivo numa democracia não pode atropelar direitos e garantias individuais, como meio de combate à impunidade.

Com efeito, a investigação também deve filtrar acusações²⁵ que vão desaguar em processos de inocentes, e pior, não raras vezes, em condenações injustas.

Sem dúvida, o processo é uma pena em si mesmo, pois gera uma verdadeira estigmatização daquele que se vê na condição de réu, pois na moderna sociedade em que a mídia tem papel determinante nas condenações, a punição antecipada, a espera da sentença e até mesmo o custo financeiro e social do processo geram um verdadeiro “Estado de Prolongada Ânsia” (LOPES JÚNIOR, 2006) no acusado.

²⁴ Liberdade, dignidade da pessoa, garantias contra os excessos e abusos do Estado.

²⁵ Para Aury Lopes Júnior (2006) “a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade e com isso também assegurar a sociedade que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar um inocente”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.57).

O processo penal submete o indivíduo a uma situação de miséria²⁶ humana, em geral, que lhe é absolutamente nova e repleta de mistérios e incógnitas. A justiça é misteriosa e a estrutura burocrática que foi implantada devido também à massificação da criminalidade fazem com que o sujeito passivo tenha que se submeter a um mundo novo desconhecido. Acrescenta-se o sistema penitenciário brasileiro, que está em colapso progressivo, e com perspectivas nada animadoras²⁷.

Há de se destacar que a punição, sentença condenatória, é apenas mais um ingrediente de ânsia a que o acusado é submetido. Ainda que haja absolvição, o estigma do processo penal nunca mais sairá do acusado. Acrescentem-se a isto as variantes perversas do processo penal, por exemplo, a prisão²⁸ provisória, que na realidade brasileira, devido à demora nos julgamentos, se converte em verdadeiras penas definitivas, aniquilando o princípio da presunção de inocência.

Por isto a investigação deve excluir indícios frágeis que nada contribuem na colheita de elementos que visualizem materialidade de crime e indícios de autoria, deixando somente em evidência elementos que realmente possam colaborar na formação de convicção da *opinio delicti*, evitando assim que acusações infundadas prosperem. Pois como explica Aury Lopes Júnior (2006) “a investigação preliminar está destinada a fornecer elementos mínimos de convicção que permitam justificar o processo ou não processo” (LOPES JÚNIOR, 2006, p.66).

Daí a imprescindibilidade da fundamentação dos provimentos; tanto da denúncia, como já explanado nesse trabalho²⁹, mas também do juiz³⁰ que deverá posteriormente receber ou rejeitar a inicial acusatória.

Dessa forma, a investigação é um importante mecanismo democrático como filtro de acusações infundadas por fornecer em sua essência elementos mínimos de convicção para que o titular do direito de acusação possa ter condições de avaliar se

²⁶ Quem melhor descreveu as mazelas daquele que se vê objeto do processo penal foi Francesco Carnelutti (2001) em as Misérias do Processo Penal.

²⁷ Neste sentido, quem mais sofre com o aumento do Estado Penal da Punição são as pessoas que estão alocadas nas bases das classes social, Loïc Wccquant em trabalho criminológico sobre a onda punitiva sobre a gestão da miséria.

²⁸ Nesse sentido vale a pena a belíssima passagem do *best seller* O último dia de um condenado de Victor Hugo “Ah! Como é infamante uma prisão! Há nela um veneno que macula tudo. Tudo é conspurcado, até mesmo a canção de uma menina de quinze anos! Se encontramos um pássaro, haverá lama em suas asas; se colhermos uma bela flor e a aspirarmos ela fede.” (HUGO, 2010).

²⁹ Através da belíssima tese de doutoramento que foi publicada pela editora Juruá sob o título Processo penal fraterno o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro do professor João Porto Silvério Júnior.

³⁰ Infelizmente, o que assistimos no Brasil é o absoluto desprezo à fundamentação do recebimento da denúncia, uma afronta ao princípio constitucional da fundamentação das decisões.

a ação penal realmente é, ou não é, necessária.

2.5 Projeto do Senado 156/2009 e projeto de lei 8045/10

A investigação policial, devido a sua natureza inquisitiva atualmente gerenciada pela polícia, há tempos, vem sendo questionada por não guardar relação com os ditames constitucionais aferidos a partir da carta magna de 1988.

É que a Constituição de 1988 inaugurou efetivamente o chamado Estado Democrático de Direito. Essa expressão quer significar uma gama de princípios e direitos que necessariamente não de ser observados.

Como a investigação policial está atualmente procedimentalizada no inquérito policial, é óbvio que a investigação, bem como todo o processo penal brasileiro, encontra-se perdido e carecendo de exigências que o Estado Democrático de Direito impõe, da leitura da exposição de motivos,³¹ da reforma do Código de Processo

³¹ Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a *necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da república de 1988* e sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de processo penal atualmente em vigor - decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado decreto-lei no 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941 anunciava em sua Exposição de Motivos que “[...] as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade [...]”. Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da república de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º). (BRASIL, 2014). Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do estado democrático de direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que a *perspectiva garantista no processo penal*, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra

Penal. Isso se conclui com facilidade.

Não é tarefa das mais fáceis, adequar a investigação policial à Constituição de 1988, e, conseqüentemente ao Estado Democrático de Direito. Primeiro porque a Constituição apontou para um sistema acusatório enquanto nosso Código de Processo Penal está mergulhado no procedimento inquisitório. Segundo, porque a própria mentalidade dos operadores do Direito, precisa urgentemente atentar para mudança de paradigma que a Constituição trouxe.

Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes e Flaviane de Magalhães Barros (2010) ressaltam a importância da fase de preparação para a entrada em vigor dos novos textos normativos³², já que para serem efetivas, exigem uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, caso contrário, “*serão inócuos para modificar a realidade atual dos nossos processos*” (NUNES; BARROS, 2010, p. 35).

Dentre os vários avanços trazidos pelo projeto para a adequação democrática está a adoção de uma estrutura efetivamente acusatória, nos termos da exposição de motivos do Anteprojeto e do artigo 4º³³; necessário se faz o afastamento da fase preliminar do juiz que irá conduzir o processo, uma vez que a gestão da prova é um dos marcos definidores para a efetivação da estrutura acusatória. Nesse sentido é importante a instituição de um juiz efetivo na garantia de direitos fundamentais na fase investigativa, nos termos do projeto 156/2009, o Juiz das garantias³⁴.

a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder. (SARNEY, 2009, p. 15-16).

³² Dierle Nunes e Flaviane de Magalhães Barros (2010), afirmam que as reformas macroestruturais decorrem de uma análise mais refletida que se verifica quando o projeto cultural democrático já está mais consolidado, justificando a discussão de um novo Código de Processo.. Desta feita, discorrem que as reformas processuais macroestruturais devem percorrer algumas fases durante o devido processo legislativo, a saber: A primeira fase seria um diagnóstico prévio, necessário a definir os problemas e as divergências na aplicação dos institutos processuais. A segunda fase seria a definição dos parâmetros da reforma e a constituição de uma comissão de juristas. Já a terceira fase, incluiria delinear uma comissão de juristas, que a partir de dados técnicos e não de sugestões isoladas, apresentassem um texto do anteprojeto a ser discutido democraticamente, levando em consideração a participação de cidadãos e da sociedade civil organizada. A quarta fase seria o processo legislativo propriamente dito. E a última fase se subsume ao período de *vacatio legis* em que se prepara para a entrada em vigor do novo Código. Durante esse período, todos os operadores “*deveriam se submeter a cursos de atualização para que se procedesse a uma redefinição da cultura, do pensamento e das práticas, em benefício de toda a sociedade.*” (NUNES; BARROS, 2010, p 31- 34).

³³ Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação

³⁴ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

Outro ponto que merece destaque é a previsão formal do indiciamento³⁵, que, embora lacunoso, seja, sim, um avanço, já que, na atual sistemática³⁶, fica à

-
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
 - III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
 - IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
 - V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
 - VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
 - VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
 - VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
 - IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
 - X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
 - XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
 - XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
 - XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
 - XIV – arquivar o inquérito policial;
 - XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
 - XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
 - XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal. (SARNEY, 2009).

³⁵ Art. 31. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de "indiciado", respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.

§1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final da autoridade policial.

§2º A autoridade deverá colher informações sobre os antecedentes, conduta social e condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime.

§3º O indiciado será advertido da necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado. (SARNEY, 2009).

³⁶ Com a devida vênia não concordamos com a afirmação que com o advento da lei 12.830/13 houve expressamente o previsão formal do indiciamento, isto porque o indiciamento para nós é muito mais que uma mera formalidade a ser cumprida pela autoridade policial, para nós o indiciamento deve começar a demarcar o status do sujeito passivo, sendo um ato imprescindível na própria condição

mercê do perigo da discricionariedade da autoridade policial.

Por fim, destacável também, é a colocação do Ministério Público destinatário imediato das investigações, podendo até mesmo, caso não entenda insuficientes os elementos de convicção, determinar o arquivamento³⁷ do Inquérito policial.

Todas essas inovações necessariamente passam por uma superação do procedimento inquisitório arraigado na legislação processual penal e na mentalidade dos operadores do Direito. Por isso conhecer a técnica inquisitória confrontando-a com a estrutura acusatória é condição fundamental para se avançar em processo penal democrático.

Embora venha ganhando relevo a superação da dicotomia acusatório , *versus* inquisitório embasados em estudos de europeus (AMBOS, 2008) este trabalho prefere insistir, não na dicotomia , nem tampouco em modelos de reclassificação de administração de Justiça (DAMASKA, 2000) mas sim na demarcação (MARQUES, 2013) de cada um deles, para, ao final, elegermos um bom caminho para adequação da investigação policial ao processo penal democrático. É a missão que se quer cumprir no próximo capítulo.

do jurídica do investigado , neste momento inicia contraditório e a ampla defesa , já que a autoridade deverá fundamentadamente informar o investigado que a partir daquele momento ele saíra de uma condição de possibilidade para um condição de probabilidade no foco investigativo, e a partir daí deverá informa-lo quais os direitos que o assiste. . (SARNEY, 2009).

³⁷ Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei. . (SARNEY, 2009).

3 INVESTIGAÇÃO E PROCESSO A PARTIR DA TÉCNICA NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

3.1 O modelo constitucional de Processo

O modelo constitucional de processo é idealizado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera como um esquema geral de processo formado pelas normas constitucionais pertinentes ao exercício da jurisdição:

As regras e os princípios constitucionais pertinentes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, permitem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.(ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 7)

Ao apresentarem as características do modelo constitucional do processo civil, Andolina e Vignera contribuíram sensivelmente para a formação de uma teoria geral do processo para além da centralização da do trinômio (ação, jurisdição processo) que pode perfeitamente servir de base para compreensão do processo penal, pois, a partir de 1948, ano em que se deu a promulgação da Constituição da Itália:

O processo na Itália tornou-se uma entidade “com modelo único e tipologia plúrima”: expressão que (na sua aparente contradição) exprime eficazmente – assim nos parece - a ideia de que, se existe um só paradigma constitucional de processo, existe (*rectius*: pode existir) outrossim no ordenamento uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais”. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11)

Firmes nessa constatação, antes de apresentarem os elementos específicos do modelo constitucional do processo civil, Andolina e Vignera (1997) delineiam suas características gerais que, como já dissertamos, podem muito bem ser aplicadas ao processo penal, guardadas as nuances que lhe são peculiares. Assim, as características gerais do modelo constitucional do processo são apresentadas da seguinte maneira:

a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) a condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser de qualquer forma compatível com as conotações daquele modelo;

b) na variabilidade, que indica sua atitude de assumir formas diversas, à guisa de adequação ao modelo constitucional (a obra do legislador ordinário) pelas figuras processuais concretamente funcionais que podem acontecer segundo várias modalidades em vista da persecução de fins particulares.

c) na perfectibilidade, pertinente a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual, (se lícito for: no respeito, comum, de qualquer forma daquele modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pela (ulterior) garantia dos institutos desconhecidos do modelo constitucional. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9).

Assim, o modelo constitucional de processo penal condiciona a formação e a leitura dos procedimentos previstos nas leis ordinárias. De igual forma, a modificação dos procedimentos só pode ser levada a cabo pelo legislador ordinário se estiver em consonância com as normas constitucionais. E, por fim, o trabalho de reforma legislativa deve sempre focalizar o aperfeiçoamento de todo o sistema processual penal.

O modelo constitucional de processo guarda pertinência com o presente trabalho, já que como se verá adiante ainda há resistência à aplicação de garantias constitucionais na fase investigativa, com esta moldura apresentada pelos italianos, acredita-se que é possível visualizar uma teoria do processo constitucional que, encampa elementos da teoria do processo como contraditório e ampla defesa, vista como garantias inerentes a qualquer tipo de procedimento, acreditamos ser possível afirmar que a teoria do modelo constitucional do processo é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988.

Uma vez cumprida nossa tarefa de identificar a teoria do processo que servirá de norte para nossas reflexões, o próximo passo será confrontar a técnica adotada na nossa investigação policial às exigências democráticas, após essa confrontação, necessário será realizar filtragem constitucional, indicando a partir do daí apenas o que passar no filtro da Constituição.

3.2 A técnica no Direito

A partir de verbetes de Lalande (1972), é possível indicar a técnica como conjunto de meios adequados para consecução de resultados desejados, de procedimentos idôneos para realização de finalidades.

Aroldo Plínio Gonçalves é uma referência no estudo da técnica (2012), inclusive, correlacionando a técnica com o processo:

O procedimento jurisdicional, como atividade disciplinada por uma estrutura normativa voltada para a preparação de provimento, com participação, em contraditório, de seus destinatários, é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda a atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível ao cumprimento de sua atividade. (GONÇALVES, 2012, p.147)

No presente trabalho, entender a técnica se faz fundamental, vez que é através dela que a investigação irá influenciar no processo penal. Max Weber (1994) em estudos sobre os processos de racionalidade vai chamar atenção para um cuidado que todos devem ter no estudo da técnica, qual seja, que é possível termos técnica sem ciência, exemplifica-se as técnicas primitivas dotadas de grande eficácia para as finalidades desejadas.

Dizer que toda técnica tem relação com a ciência é negar a existência das técnicas primitivas. Enfrentar a técnica do Inquérito Policial, é iniciar uma adequação do próprio processo penal democrático enquanto técnica nos termos do professor Aroldo Plínio Gonçalves (2012).

Ao escrever o Manual dos Inquisidores em 1376 Nicolau Eymerich (1993) o faz através de uma técnica ordenada e metódica acerca dos meios necessários para expurgação da culpa e triunfo dos dogmas da Igreja.

É por isso que os estudos da técnica hoje devem necessariamente incluir técnicas racionais e técnicas irracionais como já está em Nicola Abbagnano (1982).

A racionalização³⁸ do mundo ocidental, potencialização a partir da Revolução Francesa não foi capaz de afastar a técnicas irracionais em vários de seus domínios, no processo penal como se verá adiante a técnica inquisitória, além camuflou durante toda a história do processo penal, chegando das mais variadas formas em vários países, inclusive no Brasil.

³⁸ A racionalização, segundo Weber, liga-se ao desenvolvimento das civilizações, que crescem na medida em que elas manejam a técnica os certos procedimentos técnicos. No Direito o processo de civilização é muito antigo, e Weber o remete mesmo ao código de Hamurabi. Entretanto, as formas irracionais, que são aquelas primitivas e arcaicas do Direito, em um pensamento jurídico que não se distinguem do pensamento religioso, das prescrições morais e políticas convivem frequentemente com as formas racionais. (Cf, GONÇALVES, 2012. 18)

Neste sentido, entender as técnicas; inquisitórias e acusatória, se fará de grande valia numa tentativa de se adequar a investigação policial a uma técnica adequada a consecução não de blindagem de poder, mas sim de preparação de provimento com preservação de direitos fundamentais e participação dos afetados por este provimento final decisório.

3.3 A técnica inquisitória: a cognição plena anulando a processualidade

Nesse sentido, entender a técnica inquisitória, seus meios, seus métodos é condição fundamental para se compreender se suas finalidades são ou não coincidentes com a finalidade de se instituir um processo penal de viés eminentemente democrático.

O fio da meada ao começar a desvelar o engenhoso novelo da inquisitorialidade é, sem dúvida, confrontar o discurso inquisitório com a produção do conhecimento no Estado Democrático de Direito.

O sistema penal brasileiro conserva o procedimento bifásico inquisitório e a técnica inquisitória de formação antecipada de culpa. Cultua a primeira fase como a fase do pleno conhecimento.

Analisando as características do Inquérito Policial do nosso Código de Processo Penal Brasileiro percebe-se claramente que a investigação realizada pela autoridade policial estruturada na inquisitorialidade se prima pelo afastamento da argumentação, objetivando claramente a confirmação de uma hipótese que a investigação isoladamente deverá eleger.

A técnica inquisitorial, legado vergonhosamente deixado pela inquisitorialidade consagrada no Tribunal de Inquisição pode ser claramente encontrado no processo penal brasileiro.

Várias são as características apontadas pelos autores ao inquérito policial estatuído no Código de Processo Penal brasileiro, como o objetivo geral do trabalho é adequar a investigação policial ao paradigma democrático destacar se apenas duas, sigilosidade, e o por fim a escrita.

Uma técnica presente na investigação policial herdada pela ritualística inquisitória é o sigilo, o segredo sempre foi uma grande arma para o totalitarismo e a concentração do poder, pois se não se sabe o teor da acusação não a como ser sujeito de direitos, mas somente objeto.

Os atos de investigação policial, preparatórios para a futura ação penal podem sim sofrer sigilo, tanto do ponto de vista externo como interno (LOPES JÚNIOR, 2006, 124)

No que tange ao segredo externo, significa dizer que os atos desenvolvidos na investigação preliminar somente estarão disponíveis para os sujeitos processuais, e pelos seus supostos advogados, a justificativa compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito é a preservação da dignidade do investigado, vez que nunca é demais lembrar que desde a investigação vigora o princípio da presunção de inocência, e a publicidade nesta fase em tempos de sensacionalismos midiáticos pode colocar o investigado na posição de culpado.

Já o segredo interno seria aquele que atinge alguns sujeitos processuais, como o acusado, por exemplo. Segundo Aury Lopes Júnior (2006) no segredo interno a de fazer distinção entre total e parcial. Será total quando atingir o sujeito processual e seu advogado, o parcial será aquele que atingirá somente o sujeito processual, permitindo o acesso do advogado. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 131).

Nosso Código de Processo Penal, na fase do Inquérito, privilegia a formação da prova de forma unilateral, o que sepulta toda proposta de construção compartilhada do conhecimento.

A técnica inquisitória adotada no Inquérito Policial se desenvolve numa perspectiva centralizada e a gestão da prova é blindada por uma autoridade. Nesse sentido o espaço de discricionariedade é amplo e o controle é cada vez menos visualizado. Leonardo Augusto Marinho Marques explica: “O poder condensado encontra terreno fértil na promessa de uma segurança pública ilusória que seduz a população, mas que abre o caminho para uma intervenção desmensurada, arrasadora dos direitos fundamentais” (MARQUES, 2012, p. 159).

Para melhor entender a técnica inquisitória, é necessário compreender alguns dogmas da própria Igreja Católica, porque é impossível fazer um estudo do procedimento desassociado da lógica católica. A igreja, desde os primórdios, se funda na política de não-contestação, a verdade absoluta sempre permeou a sobrevivência da igreja. São necessários intérpretes representantes da vontade divina, dotados de infalibilidade, portanto suas decisões são incontestáveis, “a verdade não é construída sob pena de perder seu caráter absoluto” (LOPES JÚNIOR, 2011a, p.65). Com o advento do *Manual dos Inquisidores*, escrito em 1376 por Nicolau Eymerich, fica claro qual o fundamento da lógica inquisitória religiosa: o

crime, o erro não são problemas, mas sim a oposição ao dogma.

Com efeito, o medo é uma ferramenta eficaz para se consolidar o poder. O próprio processo jurídico procedimentalizado pelo *Manual dos Inquisidores* mostra como o dogma, o prenúncio da verdade regia o rito inquisitório. “As provas fornecidas pelos condenados por heresia só eram aceitas se delatassem alguém, nunca se testemunhassem a favor de alguém, pois se um herege declara a favor do acusado, pode supor que ele o faz por ódio à Igreja” (GREEN, 2011, p. 103). Numa mentalidade kafkaniana³⁹ o segredo é uma das principais armas da Inquisição. (GREEN, 2011 p. 104). A insistência infundada é característica comum do procedimento inquisitório “Se uma denúncia parece desprovida de qualquer aparência de verdade, o inquisidor não deve riscá-la de seu livro por causa disso; porque o que não é desvelado em um momento poder ser em outro.” (EYMERICH, 2009, p.18).

Outro exemplo como técnica inquisitória é a supervalorização da escrita .A escrita é mais uma herança inquisitória que o processo penal democrático tem que enfrentar, pois ela é excludente e visa nitidamente a concentração do poder e blindagem da fala autorizada. Leonardo Augusto Marinho Marques (2011) explica a razão inquisitória através da escrita:

Na suprema razão inquisitória, a escrita é utilizada como meio de transmissão do conhecimento. O que não está nas atas não está no mundo, diz o provérbio. O protocolo escrito promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento, revelando-se fundamental para a conservação do segredo. (MARQUES. 2011. p.480)

Geraldo Prado (2006) associa à escrita à superioridade da razão e mostra como ela se transformou em importante fator de controle social:

O mesmo poder de dominação que a Justiça Eclesiástica exercia por meio da Inquisição, em um mundo de poucos letrados e multidões de analfabetos, passou a ser exercido pelos órgãos do Estado, que manejavam (manejam) a linguagem técnica do Direito (e ainda mais técnica dos autos) para impor o poder do Estado ao ditar decisões penais. (PRADO, 2006, p.156-157).

Infelizmente, tais técnicas irracionais contém ainda uma contemporaneidade assustadora, vez que com o aumento da criminalidade e a gana de se combater a impunidade, “ou fazer justiça”, mostra-se como a legislação aderiu ao procedimento

³⁹Franz Kafka (2012) escreve O Processo romance em que se suscita justamente esta mentalidade sigilosa e burocrática da Justiça.

inquisitório, e isto tem sido entrave para uma democratização do processo penal.

No entanto, apesar de o procedimento inquisitório eclesiástico ter, sim, se consagrado na Idade Média, não é correto afirmar que o procedimento inquisitório é uma inovação da Inquisição.

Isto porque a inquisitorialidade se fragmentou durante toda história da humanidade, daí seu sucesso até os dias atuais. Ada Pellegrini Grinover (1982, p.28) e Geraldo Prado (2006, p.71) identificam no Egito o embrião do procedimento inquisitório; tempos depois, o Império Romano e até mesmo Napoleão o formatou. Melhor, então, preservar a História e destacar que o método inquisitório se potencializou na Inquisição medieval.

Não é objetivo deste trabalho fazer um estudo histórico minucioso do surgimento dos sistemas processuais, mas é importante referir a alguns fatos ainda que sinteticamente, pois tais fatos servirão de base na desconstrução da investigação inquisitiva frente às exigências do Estado Democrático de Direito.

As invasões bárbaras impuseram a queda do poder do Império Romano, e, por consequência, quase toda maquinaria romana ruiu junto, porque a única instituição que resistiu à descentralização política foi justamente a Igreja Católica, ironicamente foi justamente ela que posteriormente iria potencializar as velhas práticas inquisitórias. (KHALED JÚNIOR, 2013, p.34).

Segundo Michele Taruffo, com a invasão da Europa pelos germânicos, seus costumes e tradições se estenderam tanto para as controvérsias penais quanto civis (TARUFFO, 2012, p.19).

Apesar de não ser um processo judicial, as tradições germânicas se desenvolviam através de oportunidades de particulares solucionarem seus conflitos, seguindo uma lógica nitidamente acusatória. (KHALED JÚNIOR, 2013, p 35).

A Igreja, única instituição que resistiu às invasões bárbaras, logo percebeu o caráter essencialmente moral das tradições germânicas impondo sua estrutura de manutenção de poder.

Segundo Franco Cordero (2000) a revolução inquisitorial satisfaz exigências de dois mundos: o eclesiástico, que desejava combater as heresias, e o civil, que desejava combater a criminalidade ocasionada pela expansão econômica; estas exigências demandavam um alto nível de repressão e controle que a cultura romana, através de decisões técnicas e interrogatórios de ofício, oferecia. (CORDERO, 2000, p. 16).

De fato, na estrutura inquisitória não há espaço para o meio termo, a verdade é pré-concebida devendo o inquisidor encontrá-la a qualquer custo. Exemplo disso e atual é a afirmação de Aury Lopes Júnior, “Na busca dessa verdade real, transforma-se a prisão cautelar em regra geral: de posse do corpo do herege, pode ser utilizada a tortura para arrancar dele a confissão” (LOPES JÚNIOR, 2011a, p.67).

O século XVIII foi um século de profundas transformações na Europa e velhas práticas vieram a ser questionadas pelos novos ideais permitidos pela Revolução Francesa.

O ambiente era favorável ao retorno das práticas acusatórias, mas sob a justificativa de que a legislação havia se descuidado da persecução pública em função da segurança do cidadão,⁴⁰ exigia-se que o Estado se organizasse efetivamente, assim, mais uma vez o princípio inquisitivo se adaptou, agora denominado sistema misto.

Numa aparente mescla de técnicas inquisitória e acusatória, o Código Criminal Francês sob os objetivos centralizadores de Napoleão criou o auge da inteligência inquisitória: num primeiro momento, a instrução é colhida solitariamente pelo Juiz instrutor⁴¹, na etapa inquisitória; no segundo momento, há a possibilidade de um debate oral e público, estando garantida sua defesa com defensor técnico e possibilidade de contraditório.

O sistema misto é como um roteiro de novela, já que o destino da trama já foi definido pelo autor solitariamente, o capítulo final já foi escrito, este final somente será mudado caso os personagens ganhem protagonismo durante a trama.

Leonardo Augusto Marinho Marques (2014) aponta que o sistema misto nada mais é que uma nova inquisitoriedade e que, através de um novo eixo de racionalidade, continua com fins autoritários na produção do conhecimento penal:

Exatamente porque não rejeitava a tecnologia, a neoinquisitoriedade preservou o monismo interpretativo do Estado, a gestão autocrática da

⁴⁰ Em 1985, em conferência realizada em Frankfurt na Alemanha, aproveitando dessa ideia, sobretudo do pacto Social de Rousseau e outros filósofos da Revolução Francesa, Günther Jakobs sistematiza a teoria do Direito Penal do Inimigo. “Segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo seria perfeitamente possível dividir os indivíduos de um Estado em cidadãos; detentores de direitos, e, aqueles que não seriam cidadãos, seriam inimigos. O direito penal do inimigo, nesta ótica proposta por Jakobs seria a potencialização máxima das normas de direito penal. Em outras palavras, todas aquelas pessoas que não cumprissem a Constituição seriam inimigos, e, portanto, destituídos de direitos.” (SANTOS JÚNIOR; TEODORO, 2013, p.3).

⁴¹ Nos moldes do Código de Processo Penal pela Polícia Judiciária.

prova, a formação de culpa na fase pré-processual, a desvalorização da audiência, a desqualificação do acusado, o superdimensionamento do segredo, o protocolo escrito e a busca da verdade real. No entanto, a livre valoração da prova instituiu um novo eixo de racionalidade probatória. Movido pela íntima convicção e comprometido com a pesquisa da verdade absoluta, o juiz da nova inquisitorialidade sempre produziu prova de ofício, sem se importar com o *actum trium personarum*. Como tutor da acusação, ele estava preparado para exercer função acusatória supletiva e salvar o processo penal do fracasso absolutório. (MARQUES, 2014, p.27).

Por ausência de freios, o saber produzido pela investigação acaba por ser um saber autoritário, produzido de forma unilateral pela autoridade posta pelo Estado.

Desta forma, o valor cognitivo da investigação não pode e não deve ser valorado, como se é valorada a cognição de um processo, pois a investigação visa justamente a ter natureza preparatória do processo, sendo seu valor de eficácia limitada a este fim.

Isto porque o processo não deve ser instituição de legitimação do poder.

O processo não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma sociedade ideal pelo poder. O devido processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma conjunção de princípios – institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental), o qual é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não realize necessariamente em contraditório. (LEAL, 2011 p.73).

Dessa forma, não é possível pacificar a convivência harmônica do procedimento inquisitório com as exigências do processo democrático que a sociedade contemporânea tanto reclama, ainda que se façam camuflagens no procedimento inquisitório. Neste sentido Franco Cordero (2000) pondera:

O sistema inquisitório é amorfo; qualquer ato realizado pelo inquisidor faz parte do processo; tendo que resolver questões históricas, trabalha introspectivamente sobre o investigado e usa todas as fontes que puder encontrar, estimulado por uma curiosidade onívora: a operação tem estilo tecnocrático. (CORDERO, 2000, p.186).

O sistema misto mantém a lógica inquisitória. Importante é, nesse contexto, demarcar o sistema processual penal adequado ao paradigma de Estado.

Ora, um bom caminho para iniciar esta demarcação está na colheita e na valoração da prova. Franco Cordero (2000) destaca nesse contexto que o sistema misto permite a utilização de elementos colhidos na primeira etapa, enquanto o

sistema acusatório não admite provas não estabelecidas no processo. (CORDERO, 2000, p. 147).

A investigação policial nos moldes do Código de Processo Penal produzida através do Inquérito Policial é um mecanismo de exclusão⁴², pois é produzido unilateralmente pela autoridade policial, pior que isso é que o resultado desta solitária investigação é lançado a esmo nos autos do processo como meio de prova a se debater a posteriori.

Alexandre Morais da Rosa afirma que “a *pseudoprova* produzida no Inquérito Policial somente pode servir para a análise da condição da ação, ou seja, dos elementos necessários para o juízo de admissibilidade positivo da ação penal” (ROSA, 2006, p. 319).

Assim, a cognição da investigação deve ser totalmente distinta da cognição do processo, pois suas finalidades são diametralmente distintas.

A cognição sumária diz respeito à investigação em que há muita limitação na atividade persecutória, ou seja, visa a reunir elementos mínimos para uma futura ação penal.

Na cognição sumária, busca-se um juízo de probabilidade e não de certeza, pois essa certeza, ou grau de certeza, será buscado no curso do processo em juízo e deverá ser apresentado na decisão judicial.

Cognição plenária é aquela em que a instrução tem como finalidade a cognição em sua totalidade, conforme o próprio nome sugere, visando a obter a abertura máxima possível ao debate de todos os sujeitos processuais, a fim de que se aproxime ao máximo de um juízo de certeza.

Demarcar a investigação como cognição sumária é imprescindível na adequação da investigação policial ao Estado Democrático de Direito. Aury Lopes Júnior (2006) com precisão destaca esta demarcação:

⁴² Neste sentido interessante compreender a técnica inquisitória adotada na investigação com o chamado modelo hierárquico descrito por Mirjan Damaska (2000) “Uma fase pode ser dedicado à escolha e organização dos materiais relevantes, outro para a decisão inicial, a revisão Outra hierárquica, e assim depedendo o número de níveis da pirâmide de poder. Assim, os Processos antes do original de tomada de decisão do corpo (o julgamento) são simplesmente um episódio contínuo e são, portanto, símbolo ineficaz para descrever o esforço total” (DAMASKA, 2000, p.86, tradução nossa). “Uma etapa se puede dedicar a la recogida y organizacion de materiales relevantes , otra a la decision inicial, outra a la revision jerarquica , y así, depediendo del número de niveles de pirámide de poder. De este modo, los processos ante el organo decisório inicial(juicio) son simplemente um episodio de uma sequencia continua y por eso son símbolo ineficaz para describir el esfuerzo total.”

A investigação preliminar existe para ser sumária, atendendo à sua natureza instrumental, a serviço do processo, e não um fim em si mesma. Deve estar limitada ao imprescindível, já que se quer reservar para a fase processual o conhecimento de dados complementários, assim como a verificação exaustiva do anteriormente apurado, proporcionando ao julgador o convencimento da exatidão e certeza dos mesmos.

É inadmissível que a investigação preliminar seja ou converta-se em plenária, não só porque atrasa todo o processo, mas também porque tende a converter os meros atos de investigação - praticados muitas vezes sem segredo e sem qualquer contraditório - em atos de prova, transformando a fase processual num mero trâmite para valorar e sentenciar. O sistema plenário degenera o processo e a sua estrutura dialética, pois fulmina a igualdade de oportunidades e contraditório. Também causa a insatisfação geral pela sensação de repetição de atos, quando na verdade nunca deveriam ter sido produzidos na investigação preliminar, mas sim reservados para o processo. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 108-110).

Não é mais possível imunizar a investigação policial das garantias e princípios trazidos pela Constituição da República de 1988. Lamentavelmente esta afirmação destoa do plano prático, pois delegados de Polícia, com honrosas exceções, ainda insistem em negar direitos dos investigados, sob a justificativa de que tais direitos prejudicariam o próprio trabalho investigativo.

É chegada a hora de se entender que a investigação não pode anular o processo e sim prepará-lo; a investigação é fundamental e imprescindível na efetivação do Estado Democrático de Direito, mas esta investigação deve estar pautada no sistema acusatório e não no procedimento inquisitório, este se satisfaz com a investigação.

Por isso, já na investigação, os horizontes argumentativos devem começar a ser visualizados, não é mais possível conceber a investigação como sinônimo da inquisitorialidade plena. O investigado não pode ser mais objeto passivo da investigação, mas sim sujeito ativo de direitos.

Tratando-se de procedimento preparatório para futura ação penal, não há que se falar, como regra de produção, de meios de prova nesse momento, pois nos afastaríamos de sua finalidade caso houvesse interpretação contrária. Na investigação devem-se colher elementos mínimos para que a acusação tenha condições de exercer seu direito; este direito deverá estar norteado na investigação, ou seja, é ela que norteia as futuras provas que serão produzidas e debatidas no processo.

A função de filtro processual tem como finalidade evitar investigações sem um mínimo de probabilidade, de materialidade e autoria.

Apesar de o presente trabalho estar focado na investigação policial, necessário se faz analisar a lógica inquisitória também na ação penal, pois ela não se contenta apenas em se fazer presente na investigação; no processo penal brasileiro, os contornos inquisitórios são patentes.

Dessa forma, é necessário abandonar por completo os ranços inquisitórios elegendo-se o sistema acusatório como sistema a ser adotado no processo penal brasileiro, tanto na fase de investigação como na fase essencialmente processual. Para tanto, o processo deve ser entendido como um todo.

A partir do abandono da razão inquisitória⁴³, que não significa abandonar a investigação, o processo penal poderá ser visto como garantia de direitos fundamentais, delineados por princípios constitucionais fundantes.

Nesse sentido, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, cabe à investigação tentar se desvencilhar ao máximo possível da lógica inquisitória, já que a partir de 1988 a Constituição elegeu um novo sistema a ser adotado como opção democrática, qual seja, o sistema acusatório.

3.4 Técnica acusatória: a cognição parcial preparando o processo

Inicialmente, alerta-se que não será analisado aqui o sistema acusatório⁴⁴, o que se buscará refletir neste item é se são as características da técnica acusatória mais adequadas ao processo penal democrático.

Portanto, seguindo a linha de Aury Lopes Júnior (2010), não há preocupação aqui com a pureza do sistema, todos os sistemas são mistos, pois são tipos históricos. O que realmente identifica um sistema é seu princípio informador. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 152).

José de Assis Santiago Neto afirma que um bom caminho para a adoção de um sistema é analisar como é buscada a tão famigerada verdade:

A busca pela verdade como objetivo do processo penal é de grande relevância para a definição do sistema adotado. Tem-se no modelo inquisitório a busca pela verdade real como grande objetivo, assim, em seu

⁴³ Afirma que a racionalidade inquisitória se situa no culto da razão, que se torna autoritário e excludente. Esse culto gera um espetáculo da adoração em torno de uma inteligência superior e é chegada a hora de abandonar o culto da razão pois a hiperrazão se julga superior em relação ao outro e não admite concorrência na formação do conhecimento (ROUANET, 1996, p. 290- 291).

⁴⁴ Tal investigação se fará mais adequada no Capítulo 4, momento em que se indicará a opção desse sistema ao processo penal brasileiro.

nome o juiz-inquisidor, acaba por tomar lugar no centro dos atos procedimentais para, em substituição à parte que deveria formular e provar a acusação, atuar de forma ativa. Já no processo acusatório, por mais redundante que seja a expressão, não se busca a verdade real, mas uma verdade processual, retratada pelos fatos e provas levados aos autos pelas partes. Portanto no sistema acusatório, existem limitações ao atuar do julgador, que não poderá substituir a atuação dos sujeitos na construção do provimento. (SANTIAGO NETO, 2012, p.94).

A técnica acusatória não está preocupada em atingir verdades absolutas; ela se fundamenta no debate das questões trazidas pelas partes. O julgador deve-se manter afastado da iniciativa probatória, atuando como garantidor isonômico das possibilidades de atuação das partes. O processo acusatório, em regra é oral e público, sendo o acusado sujeito e não objeto do processo. (SANTIAGO NETO, 2012. p.95).

A questão se concentra na consciência de que a sociedade moderna se caracteriza pela pluralidade (GALUPPO, 2001, p. 51), e que, nela, convivem harmonicamente visões distintas do mundo. Essa consciência se contrapõe ao ideal comunitarista de que a sociedade deve construir um projeto homogêneo capaz de promover o bem comum. (MARQUES, 2012, p.116).

A gestão da prova também é uma característica marcante da técnica acusatória, assim a iniciativa probatória é incumbência das partes, ao julgador caberá proferir a decisão com fincas nas provas pelas partes trazidas. (COUTINHO, 2001, p. 28; PRADO, 2006, p. 105; LOPES JÚNIOR, 2010, p. 157; ROSA, 2006, p. 323-324).

Portanto, na técnica acusatória os sujeitos processuais têm lugares demarcados, (SANTIAGO NETO, 2012), cada atuação no processo está delimitada.

No sistema acusatório, o juiz possui o papel de garantidor das regras do jogo, competindo a ele assegurar o devido processo legal, sendo, portanto, como afirmamos no capítulo primeiro, garantidor dos direitos fundamentais, assim, às partes cabe o ônus de apresentar as provas lícitamente obtidas, sendo, por isso, imprescindível a isonomia. No sistema acusatório, o acusado é concebido como sujeito de direitos, visto que poderá se defender, em igualdade, da acusação, sendo, portanto, a regra a liberdade do acusado, eis que se presume a não culpabilidade do acusado. (SANTIAGO NETO, 2012, p. 96).

No entanto, para se aderir à técnica acusatória, não é necessário transformar a investigação em processo como procedimento em contraditório⁴⁵ propriamente

⁴⁵ Teoria do Processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari (2006).

dito. O debate das questões trazidas pelas partes ocorrerá no processo, mas é na investigação que se suscitam as questões que serão debatidas, daí a importância de se garantirem direitos ao investigado⁴⁶.

No entanto, e aqui está a grande questão da presente dissertação: investigação do Estado Democrático de Direito não pode anular a processualidade.

Para se iniciar esse raciocínio, deve-se partir de uma premissa: no processo penal democrático qualquer interpretação deve partir do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Assim, seja o acusado, ou o investigado até que se tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado O princípio da presunção de inocência não é princípio acessório ornamentário da Constituição, mas sim princípio pilar do processo penal constitucional, uma vez que todo o devido

⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 82.354 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 24.09.2004, apresentou relevantes considerações sobre a proteção a ser dada ao investigado no curso do inquérito policial. Os direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito devem ser assegurados, não podendo entrar em conflito com o contraditório e ampla defesa, pois ambos devem conviver em harmonia. Segue ementa: "I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição". (BRASIL, Habeas Corpus 82.354, 2004).

processo penal democrático somente se efetivará a partir dele.

Negligenciar o princípio da presunção de inocência significa negligenciar o próprio processo penal como um todo, pois dele decorre: o ônus probatório a cargo da acusação, o direito ao silêncio do investigado ou acusado; enfim todo um esforço de construção de um processo penal democrático e efetivação de direitos fundamentais estão estruturados em cima dele, se ele ruir, tudo vem abaixo.

Aury Lopes Júnior (2011b) parafraseando Goldschimidt constata que “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”. (LOPES JÚNIOR, 2011b, p.11).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, de 1962, que somente adentrou no ordenamento jurídico brasileiro interno em 1992 pelo Decreto 678/1992, também previu a presunção de inocência em seu art. 8º, inciso 2⁴⁷, prevendo o princípio da presunção de inocência dentre outras garantias mínimas processuais.

Posto isto o princípio da presunção de inocência vigora desde a investigação, conforme o ordenamento Constitucional brasileiro vigente desde 1988, 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...] art. 5º 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.**” (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Assim, o devido processo penal democrático se inicia a partir do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004) afirma

⁴⁷ Art. 8º Garantias judiciais:

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua livre escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

que não há como estruturar os princípios fundamentais do processo penal senão partindo do princípio segundo o qual ninguém será considerado culpado sem que exista antes uma decisão penal condenatória transitada em julgado. (OLIVEIRA, 2004, 173).

Difícil imprimir já na investigação a estrutura dialética do processo, por isto, este trabalho procura adequar a investigação a partir de um modelo acusatório constitucional, demarcando o atuar dos atores de toda persecução penal⁴⁸ desde a investigação. Ao invés de entrar no debate se investigação é ou não processo, o presente trabalho parte da premissa que já na investigação se devem imprimir direitos fundamentais, como contraditório e ampla defesa, uma vez que a investigação adequada ao processo penal democrático está demarcada por funções que são oriundas do princípio acusatório e do modelo constitucional de processo tendo como nova função nesse cenário o preparo do processo, portanto, a ideia é que ela não pode anular processualidade.

Nesse preparo, o investigador não deve se preocupar com a cognição plena, isto não é função da investigação, é o que Aury Lopes Júnior (2006) chama de cognição qualitativa, ou seja, a investigação como meio sumário para o preparo do processo não deve ter nenhuma preocupação com certeza e, sim, com probabilidades. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.111).

Também é possível que o sistema jurídico adote um prazo limitador da investigação, aqui não tem a estrutura dialética imprescindível no processo, a celeridade aqui não é entrave e sim garantia do processo, é o que o mesmo autor chama de sumariedade quantitativa (LOPES JÚNIOR, 2006, p.112).

Como marco preparatório, a investigação como procedimento preliminar ao processo, exige tempo. No processo penal isto é ainda mais problemático, uma vez que ainda como já explanado neste trabalho o Inquérito Policial está em crise, pois além de ser um procedimento excessivamente longo, não vem conseguindo atingir seu objetivo, reunir elementos mínimos para o início de uma ação penal. Acrescenta-se a tal fato que ainda insistimos em inverter a ordem das coisas, ou seja, ao invés de se investigar para depois prender, prende-se, para depois investigar.

⁴⁸ João Porto Silvério Júnior (2014) critica com razão essa expressão: O termo persecução penal é totalmente incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, pois carrega em si sentido autoritário, sugerindo uma atividade paternalista, distanciada da ideia de processo como garantia de direitos fundamentais. (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, p. 137)

Neste sentido Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró (2009):

A continuação, é fulminada a presunção de inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vai, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta. **A situação se agrava no caso em que o acusado esteve ou permaneceu preso cautelarmente** Ainda que posteriormente seja absolvido, a prisão cautelar certamente terá maior visibilidade e repercussão que a sentença e, aos olhos da sociedade, será vista como cumprimento de pena por alguém que tenha cometido um delito. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2009, p.8, **destaque nosso**).

A investigação no marco acusatório, nesse ínterim, além de sua função primordial que é preparar o processo não pode e, principalmente, não está autorizada a enfraquecer o princípio da presunção de inocência, devendo estar limitada ao oferecimento de elementos para a delimitação do objeto de imputação e orientação da acusação na produção da prova.

A investigação preliminar não só deve excluir provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da causa e que as partes devem solicitar a evitando que as acusações infundadas prosperem. Evidenciados os graves transtornos que pode causar um processo infundado, resta saber com base em que grau de convencimento deve-se operar o filtro processual. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.66).

Noutro giro, não é mais aceitável, com o advento do Estado Democrático de Direito, encarar a investigação como meio de perseguição do criminoso e estruturada em supremacia de interesse público sobre direitos e garantias individuais.

É que, com a mudança de paradigmas, Estado Liberal, Social e até e principalmente Estado de Direito aglutinando-se com o Estado Democrático (DIAS, 2012, p. 48-65), houve uma verdadeira incisão de pensamento, certas práticas se tornaram incompatíveis com o novo modelo que ora se constrói.

A investigação policial deve se adaptar à democracia, uma vez que nos moldes do Inquérito brasileiro ela ainda está inspirada na reforma processual penal italiana, promovida na década de 30, em pleno regime fascista, pelo Ministro Rocco. Os regimes de exceção sempre se interessaram por instrumentos de poder e a investigação policial centralizada e discricionária nada mais é do que uma forma de gestão, de exercício de poder, que se difundiu na cultura ocidental, como forma de

autenticação da verdade. (FOUCAULT, 1999, p. 78).

Em democracias falar em poder discricionário da autoridade é cada vez mais incoerente: para que haja coerência, não pode haver discricionariedade, neste sentido acrescenta José Emílio Medauar Ommati (2013):

Dessa forma, encarar o Direito como uma questão de princípios leva a que façamos uma interpretação de toda a história institucional do Direito para que ele possa ser interpretado a sua melhor luz. Assim, o juiz deve “escolher” o princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo os direitos dos cidadãos. O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que está limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. (OMMATI, 2013, p.149-150).

Para se falar em democracia em construção, torna-se impossível coadunar o procedimento inquisitório. É que, como já vimos, o procedimento inquisitório está centrado na verdade pressuposta, na perpetuação da autoridade pressuposta. Quando nomeamos o Estado Democrático de Direito, rompemos com esta verdade imanente. Rosemiro Pereira Leal (2010) explica que o Estado Democrático tem sua compreensão na virada linguística popperiana que impôs uma fiscalidade incessante (crítico- discursiva) (LEAL, 2010, p. 29). Nesta esteira, toda verdade na democracia deve estar repousada na lei, pois só assim se permite a fiscalidade e a testibilidade inconcebíveis no procedimento inquisitório. Mitos, religião, ou seja, sincretismos⁴⁹ na construção da verdade, próprios do procedimento inquisitório não conseguem mais adaptadores na Democracia.

No Estado Democrático de Direito não se tornam mais imprescindíveis decisões infalíveis centradas na inteligência e na verdade absoluta se tornando incontestáveis. Em tempo, Leal explica como se dá o direito em Estado Democrático: “O importante não é mais colocar um direito natural ou paternal do homem, mas saber se o direito vigente encontra legitimidade nas bases produtivas e fiscalizatórias que o compõem.” (LEAL, 2002, p.67).

No procedimento inquisitório não há que se falar e fiscalidade, porque o procedimento já é legítimo em si mesmo, toda sua fala está centrada na autoridade. É nesta quadra que os regimes totalitários se aproveitaram do procedimento inquisitório para justificar uma prevalência absoluta do interesse público, afastando

⁴⁹ Sincretismo em Max Weber (1994) é uma mistura de técnica, ciência religião e mítica com fins de dominação. Neste sentido, os Três tipos puros de dominação seriam: O direito, a tradição e o carisma.

direitos e garantias individuais, exemplo disso é a Constituição de 1937, baseada no anteprojetado fascista de Rocco.

Pode-se afirmar, portanto, que por exigência constitucional, o respeito às garantias individuais são requisitos fundantes para a construção de um Estado Direito que se optou em ser democrático.

É preciso “marcar uma tarefa democrática fundamental” (ROSA, 2009, p.96) no processo penal brasileiro constitucionalizado, o caminho é ceifar desde a investigação a postura inquisitória, nela não há espaço para o diálogo, já que não há partes e sim uma autoridade investigando e de outro lado existe um investigado.

Assim, somente com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais podemos falar em um processo penal que se adeque à opção democrática da Constituição de 1988, ou seja, um modelo acusatório, que privilegie ampla participação das partes e principalmente clara distinção das funções no processo. Juiz mantendo-se totalmente equidistante das partes, acusação e defesa, formando seu convencimento ao final da situação posta em debate.

O procedimento inquisitório é tradicional, mas se queremos construir um Estado que se diz democrático temos que rever a tradição, pois como afirma Karl Popper “Libertamos-nos do tabu ao refletir sobre ele, perguntamos se devemos aceitá-lo ou recusá-lo.” (POPPER, 2008, p.149). Na democracia podemos e devemos ser críticos, não no sentido de censura, mas, no discurso do conhecimento apontar a ausência de conteúdo.

Temos que refutar esta falácia de que o procedimento inquisitório no Processo Penal é conciliável com o Estado Democrático. Na construção de Estado democrático as revisitações aos institutos devem ser constantes, para isto, a fala autocrática não tem espaço. Este espaço somente pode ser visualizado se disponibilizarmos um acesso de interpretação auto includente, como aponta Rosemiro Pereira Leal (2011), ao nos disponibilizar sua teoria neo institucionalista e permitir a interpretação inclusiva:

O espaço político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia- que são isotopia, isomenia, e isocrítica. Em que haja, portanto, uma base decisória de igualdade de todos de perante a lei (isotopia), igualdade de todos interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos interpretar ou substituir a lei (isocrítica). (LEAL, 2011, p.51).

A investigação não pode ser entrave para construção do Estado Democrático de Direito, mas sim mais um mecanismo de sua implementação de direitos e garantias fundamentais e não há outra saída, a não ser adotarmos a técnica acusatória de divisão de funções e despreocupação com a fala autorizada, abandonando, de uma vez por todas, desde a investigação à técnica inquisitória de centralização e produção autocráticas do conhecimento.

Neste íterim, a função investigatória no processo penal democrático visa a não sacralizar a fala autocrática da autoridade, (policial, judicial, Ministério Público) mas visa certamente a reunir elementos mínimos para que a acusação possa nortear a produção da prova, evitando que indícios frágeis sejam elementos únicos de denúncias infundadas, daí a importância da distinção entre indícios e prova o que será feito neste trabalho em momento oportuno.

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SISTEMA ACUSATÓRIO COMO REMODELAGEM DA INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

4.1 O princípio da presunção da inocência

Compreender o princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade é condição *sine qua non* para a compreensão do próprio processo penal que tenha pretensões democráticas.

E neste trabalho sua compreensão se torna ainda mais relevante, uma vez que ele torna norte desde a investigação policial, e não somente no processo como se poderia entender. Nesse sentido, é preciso retornar mais uma vez a matriz da inquisitorialidade, e analisar a ideologia repressiva, pois a investigação policial que temos sofreu influência do procedimento inquisitório como explanado no terceiro capítulo deste trabalho.

A ideologia repressiva, característica daquele período, estava fundada na presunção de legitimidade estatal, no que tange a responsabilidade penal.

Assim o acusado era objeto da imputação penal e, como tal, assumia o encargo de provar sua inocência.

No auge da inquisitorialidade, idade média, o sistema já estava totalmente contaminado pela religião, neste período, se defender, significava ao mesmo tempo responder às acusações do crime e do pecado.

Obviamente, barbáries foram assistidas pela humanidade neste período, culminando com a revolução científica do século XVII e revolução liberal potencializada no século XVIII, tendo como marco a Revolução Francesa.

Assim a humanidade, tentando mais uma vez aprender com seus erros, constatou que era necessário compatibilizar o processo penal com direitos fundamentais, idealizando que a inocência era presumida a qualquer ser humano.

O princípio, hoje constitucional, da presunção de inocência surge como regra de direito à liberdade, pressuposto de qualquer Estado de viés democrático, em consequência, a prisão é medida excepcional, e ainda assim sob observância obrigatória de critérios proporcionais e com respeito à dignidade humana. E, finalmente, a presunção de inocência inverte a lógica inquisitória⁵⁰, agora o cidadão

⁵⁰ O princípio da presunção de inocência é compatível com o sistema acusatório.

é presumivelmente inocente, sendo ônus exclusivo estatal provar a culpabilidade do acusado.

Trata-se de presunção relativa, porquanto permite prova em contrário, que com a sentença penal condenatória transitada em julgado, a presunção deixa de existir.

A presunção é inerente à própria condição de ser humano, não sendo qualidade do processo, ou seja, na investigação criminal a presunção de inocência já está vigorante.

Dessa forma, o saudoso autor paulista Rogério Lauria Tucci (2004, p. 280) em uma feliz colocação sobre o princípio constitucional da não culpabilidade expõe “ é direito do cidadão, envolvido numa persecução penal, à não consideração prévia de não culpabilidade, isto é, de não poder ser tido como culpado até coberto pela coisa julgada do decisum condenatório.”

Prefere-se neste trabalho a terminologia da presunção de inocência, uma vez que entende ser mais claro e objetivo do que presunção de não culpabilidade, no entanto, é necessário indicar que a Constituição vigente desde 1988 não utilizou a palavra inocência, vejamos “**ninguém será considerado culpado** até trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Assim, a investigação como auge da incerteza persecutória penal, está balizada no princípio da presunção de inocência e como bem delinea Geraldo Prado (2014, p.18) “a presunção de inocência, portanto, rege o processo penal no estado de direito por meio do processo considerar-se á válida a condenação de alguém”.

Logo, o princípio da presunção de inocência impõe ao Estado, que seja qual a condição jurídica do sujeito passivo, ele é sujeito e não objeto do processo.

Como já explanado neste trabalho, os atos colhidos na investigação não gozam de presunção alguma, são meramente informativos e preparatórios do processo, a única presunção vigorante na investigação é a presunção de inocência.

Infelizmente, ainda assistimos, depois de mais 25 anos de Constituição, a defesas calorosas de que os atos de investigação gozam de uma ilusória presunção de veracidade. No processo penal constitucional democrático não existe isto.

Aury Lopes Júnior (2011a) comenta a inconsistência dessa presunção de veracidade:

Essa presunção de veracidade gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a que sejam admitidos no processo atos praticados em uma procedimento de natureza administrativa, secreto, não contraditório e sem defesa. Na prática, essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em um outro mundo, muito distinto da realidade, em que denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda forma de prepotência policial são frequentemente noticiados (LOPES JÚNIOR, 2011a, p.290).

Na investigação não cabe nenhuma presunção de culpa, nenhum juízo de valor antecipado, simplesmente porque a investigação prepara tão somente a hipótese acusatória, delimitando o seu conteúdo e impedindo acusações levianas. Ora se o processo penal democrático propõe a construção compartilhada da decisão, permitindo às partes promover a livre interpretação do direito, bem como desenvolver ampla argumentação a partir dessa livre interpretação, a presunção de inocência ganha relevância na investigação para estabelecer limite a ela.

Prevalendo a presunção de inocência já na investigação, sem anulação da processualidade democrática, começa-se a vislumbrar uma investigação preparatória e não antecipatória de julgamento, pois a investigação com esta demarcação estará apenas com preocupações de colheita de elementos mínimos para formulação de uma futura hipótese acusatória.

É por isto que o princípio da presunção de inocência exige o ônus da prova por parte do Estado, pois se o cidadão era presumivelmente inocente, caberá ao Estado que retomou para si persecução penal⁵¹, todo ônus probatório, e, se não conseguir provar a contento, a sentença absolutória é medida que se impõe.

Neste sentido, vale a pena constatar a feliz conclusão de Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011):

O princípio da presunção de inocência é importante para estabelecer uma metodologia para o processo de conhecimento em que o ônus da prova é da acusação. Ou seja, em razão de tal princípio não é o acusado quem deve provar sua inocência, mas sim, cabe à parte que acusa provar que existiu uma infração penal e que o acusado para ela concorreu. Nesse sentido, não se pode admitir a interpretação do art. 156 do CPP que afirma a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, como norma que defini o ônus da prova. Já a defesa não precisa provar os fatos por ela alegados. A interpretação adequada deve levar em consideração o art. 386, VI, VII, do CPP, logo sempre que houver dúvida sobre o fato, sua materialidade,

⁵¹ “Em Roma, a forma de organização política do Estado influenciou diretamente no processo penal: assim a *cognitio* praticada duramente durante a Monarquia, chegou-se ao sistema acusatório, *acusatio* da época republicana, que decaiu posteriormente no Império, impondo-se características do sistema inquisitório.” (KHALED JÚNIOR, 2013, p.21).

nexo de causalidade,, elemento volitivo, tipicidade, ilicitude e culpabilidade deve o juiz absolver o acusado, já que a acusação não conseguiu se desincumbir de seu ônus probatório. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 29).

Assim, o ônus da prova, a exigência de se provar na fase judicial a imputação penal, é decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência.

Finalmente, percorrida toda a persecução penal⁵², sendo a investigação deficiente no seu mister de colher elementos mínimos para que o titular da ação penal possa exercer seu direito de acusar, o princípio da presunção de inocência se releva, impondo a absolvição como resposta lógica à acusação não provada.

O princípio de presunção de inocência impõe ao Estado a responsabilidade da acusação, pois a investigação insuficiente acarreta uma acusação leviana. Neste sentido, a absolvição é vista como consequência natural em desfavor daquele que assumiu o encargo da pretensão punitiva e não produziu provas suficientes sobre o fato imputado.

Toda vez que se absolve por insuficiência de provas o Estado assume sua ineficiência, deveria neste caso no ato da sentença vir anexado um pedido de desculpas, por fazer o réu passar por todas “as misérias de um processo penal.”⁵³

Aury Lopes Júnior (2010) indica que o Código de Rocco de 1930, fonte de inspiração do nosso Código de Processo penal vigente desde 1941, não consagrou o princípio da presunção de inocência, por considerá-lo como excesso ao individualismo. (LOPES JÚNIOR, 2010, p.173).

Da leitura da exposição de motivos do CPP, não há como discordar da conclusão do citado autor “não se pode continuar a contemporizar com os pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” (BRASIL, 1941).

Os pseudodireitos são hoje nossos direitos individuais fundamentais. É óbvio que tal pregação fascista não resiste a uma filtragem constitucional e democrática visualizada a partir de 1988.

Daí a importância deste trabalho ao tentar adequar a investigação ao processo penal democrático, pois se na fase judicial não é raro encontramos no Código de Processo Penal a pregação fascista de Rocco, na investigação que é anterior ao fascismo é quase um lugar comum. Neste sentido, a importância do princípio constitucional da presunção de inocência, com sua regra de exigir ônus da

⁵² Termo este inadequado ao Processo Penal Democrático como indicado na nota 25 deste trabalho.

⁵³ O italiano Francesco Carnelutti (2001) foi que bem melhor escreveu sobre as agruras daquele que é submetido a um processo penal.

prova e prova judicializada e provada em última instância para se considerar alguém como culpado.

4.2 Sistema acusatório demarcando as funções

O caráter inquisitorial do processo penal brasileiro é nítido, mas é ainda mais notório quando se analisa o inquérito policial ou fase pré processual de investigação do fato aparentemente criminoso.

Sem dúvidas as influências inquisitórias a que o Brasil infelizmente aderiu, durante sua história, até hoje nos deixam estigmas que vez por outra se abrem, como feridas incuráveis.

Nesse sentido, um bom tratamento para curarmos nossas chagas inquisitórias é acordarmos de uma vez por todas que o Brasil adotou a partir de 1988 uma feição nitidamente acusatória, demarcando claramente funções, funções estas que estão muito bem demarcadas, desde a fase de inquérito até a fase processual propriamente dita.

Não se pode mais aceitar que na fase pré processual, consagrada no Brasil como Inquérito Policial não estaria configurado o sistema acusatório por ser um procedimento meramente administrativo de características inquisitoriais. (CAPEZ, 2005, p. 73).

Certamente, tal conclusão, aliada à falta de previsão expressa da Constituição a um sistema processual, permitiu ainda hoje que muitos vejam o Inquérito e o processo como entidades estanques, podendo um adotar as características inquisitoriais e, outro as acusatórias. José de Assis Santiago Neto (2012) nos alerta que sem dúvida quem optar tanto por um como por outro estaria embasado em lei, mas a questão não é esta e, sim, não se afastar da Constituição, interpretando-a à escuridão do Código de Processo Penal. (SANTIAGO NETO, 2012. 118).

Com efeito, cabe, sem descuidar de nossa tradição inquisitorial, adoção até hoje do código de processo penal brasileiro, demarcarmos de uma vez por todas desde a investigação, o sistema acusatório, como princípio inicial constitucional de interpretação.

Deve-se, nesse sentido destacar Geraldo Prado (2006) que acata “por sistema acusatório normas e princípios fundamentais ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja , aquele do qual herda o nome de

acusatório.” (PRADO, 2006, p.104).

Demarcar funções é fundamental para construir um modelo de Estado que realmente tenha ganhos democráticos, o que somente poderá ser conseguido a partir de um princípio unificador.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o Inquérito Policial como espécie de investigação deve-se espelhar no modelo constitucional de processo, definido como base principiológica uníssona⁵⁴, desta feita, necessário é compreender o princípio acusatório como norte no processo penal democrático.

Na linha de Aury Lopes Júnior (2010), não há preocupação aqui com a pureza do sistema, todos os sistemas são mistos, pois são tipos históricos. O que realmente identifica um sistema é seu princípio informador. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 152).

Neste aspecto é incompatível se falar em Estado Democrático de Direito, ignorando a presença da inquisitorialidade, pois:

O sistema processual de inspiração democrático- constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer democrático é dizer contrário de inquisitivo, é dizer o contrário de misto e dizer mais que acusatório. (MARTINS, 2013, p.73).

Como bem lembra Leonardo Augusto Marinho Marques (2013), não vamos superar a dualidade inquisitório versus acusatório sem demarcá-la, mas isto não significa que não podemos optar por um sistema ou outro.

E para optarmos por um ou outro, temos necessariamente de estabelecer as funções dos sujeitos que atuam no processo, sem excluir aqueles que atuam na fase pré-processual, como o delegado de polícia que, embora não seja necessariamente sujeito do processo, exerce função fundamental na colheita de elementos mínimos que vão necessariamente desaguar numa futura ação penal.

Como o presente trabalho tem como tese central a investigação policial, dirigida pela Polícia, necessário se torna neste momento levantar o seguinte

⁵⁴ Neste sentido explicam Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011) “interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co – dependentes. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios afetam-se, também de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciado. Em outras palavras, tais princípios são vistos como co- dependentes no sentido de que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação próprio, eles formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é uma condição para o respeito aos demais.” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 20-21).

questionamento: seria função do delegado de polícia requerer a prisão preventiva de alguém, não sendo ele sujeito do processo?

Enquanto medida excepcional, prisão deve ser requerida por quem tem direito de acusar no processo, ou seja, somente pelo Ministério Público, já que o Delegado de Polícia não é sujeito processual⁵⁵, sua função é importante dentro do sistema brasileiro, enquanto diretor do Inquérito Policial, procedimento preliminar preparador do processo.

Com efeito, independentemente da polêmica acerca da natureza jurídica do Inquérito Policial, o que se é forçoso indicar neste trabalho é que o pedido de prisão realizada pelo Delegado de Polícia carece de legitimidade, quando analisada frente aos ditames constitucionais.

Enquanto medida excepcional, a prisão quando de natureza processual somente deve ser requerida pelo titular do direito da acusação, e, ainda assim, com observância de dois critérios imprescindíveis; Necessidade e Adequação.

Segundo Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Machado (2011):

A necessidade decorre da própria compreensão da presunção de inocência. Portanto, deve-se perquirir sobre a imprescindibilidade da privação do status libertatis do indiciado ou acusado, por meio da decretação de alguma medida cautelar pessoal, a fim de garantir efetividade do direito da acusação deduzido no processo penal [...] A adequação diz respeito à pertinência da medida cautelar pessoal aplicada à situação fática do caso penal, ou seja, se a medida imposta é indicada a tutelar o direito da acusação, em face das situações de dano iminente. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 46-49).

Em que pese haver obras sustentando que o escopo do processo penal seria a realização do bem comum e da pacificação social (TUCCI, 2004, p.34), temos que esta afirmação, além de perigosa por ser um discurso fácil é incompleta.

O processo penal democrático deve ser orientado pela demarcação de funções dos órgãos de atuação desde a fase pré processual devendo, delegado de polícia, Ministério Público, juiz ter bastante cuidado na busca da pacificação social, pois esta busca pode levar à supressão de garantias e de direitos fundamentais em nome do interesse social. Como lembra José de Assis Santiago Neto (2012) “o processo penal deve (ria) ter por objetivo oportunizar o espaço público procedimentalizado para possibilitar a participação isonômica das partes na

⁵⁵ Sujeito do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). (GONÇALVES, 2012, p.103).

construção do provimento”. (SANTIAGO NETO, 2012, p. 211- 212).

A acusatoriedade somente vai superar a inquisitoriedade se reconhecemos plenamente que não é mais possível com as exigências do Estado Democrático de Direito, em construção no Brasil a partir de 1988, fazermos cisão entre acusatório e inquisitório, ou seja, ou se escolhe um ou outro.

4.2.1 Ministério Público Coordenador

Para realmente analisar-se a acusatoriedade, tem-se que necessariamente definir o papel do Ministério Público estabelecendo sua função/ participação na investigação criminal, e, principalmente sua relação com a polícia, parece-nos imprescindível isto.

A Constituição de 1988 estabeleceu, no seu art. 129, VII que o Ministério Público⁵⁶ deverá exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

A relação de Ministério Público/Polícia ainda é estanque; a legislação ainda é muito tímida, ocasionando um verdadeiro descompasso, na atuação de ambas as instituições , com claro prejuízo tanto na investigação policial, quanto na posterior denúncia ministerial.

⁵⁶ Neste contexto, a Lei complementar nº 75/93 inicialmente orienta:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão. (BRASIL, 1988).

Analisamos no item, 2.3 os órgãos que podem estar legitimados na condução da investigação criminal. Nota-se que a investigação pelo Ministério Público⁵⁷ é a tendência, contudo, continua faltando uma verdadeira aproximação deste com a Polícia.

É necessário debater a relação Polícia/Ministério Público (CHAVES, GOTTARDI, 2013), para além das vaidades, no entanto não são poucas as dificuldades de mover o céu, e colocar a mão no vespeiro das vaidades humanas, mas, sem isto, contudo, não há evolução democrática.

Dessa forma é necessário que o Ministério Público assuma, de uma vez por todas, a coordenação da investigação⁵⁸, pois é ele o destinatário imediato da investigação, não tendo o menor sentido a investigação se coordenada pela Polícia longe do Ministério Público. Ora, a investigação deve colher elementos para uma futura, ou não, denúncia.

Neste sentido, acentua Aury Lopes Júnior (2006) em duas frentes:

Através das primeiras instruções gerais o Ministério Público definiria as grandes linhas de investigação preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme critérios de política criminal traçados pela instituição. Um dos maiores problemas que enfrenta o MP para acompanhar o IP é a falta de informação, mais especificamente o fato de não canalizar a notícia –crime. Através das instruções gerais, o MP poderia, por exemplo, determinar que todos os boletins de Ocorrência relacionados com determinados tipos de delito- tráfico de entorpecentes, crime organizado, homicídios etc.- fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente, para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse ab initio plena ciência da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.160).

Na segunda frente, estariam as instruções específicas, que seriam, segundo Aury Lopes Júnior (2006) “o Ministério Público reservar-se-ia o poder de intervir diretamente no caso concreto, isto é, daria instruções específicas sobre como

⁵⁷ Tanto a doutrina Aury Lopes Júnior (2011) Eugênio Pacelli de Oliveira (2008), como a jurisprudência HC 91.666 do STF já se pacificaram que o Ministério Público pode investigar.

⁵⁸ Conforme o anteprojeto do Novo CPP, o Ministério Público será o único responsável pelo arquivamento, corrigindo um grave equívoco do atual CPP que permite nos termos do 28 a ingerência do Juiz neste aspecto.

Do arquivamento

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei. (SARNEY, 2009).

deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias” (LOPES JÚNIOR, 2006, p.160).

Não se trata de transferir o promotor para a delegacia, mas de aproximar efetivamente o Ministério Público da investigação. Obviamente há que se superar o ego e vaidade das pessoas que integram ambas as instituições.

O Ministério Público terá que se assumir como parte, parte legitimada do Estado que exerce direito constitucional de acusar, podendo realizar pedido, condenatório ou absolutório.

4.2.2 Polícia técnica investigativa

A Polícia é órgão fundamental num Estado Democrático de Direito, órgão auxiliar do Estado⁵⁹, devendo atuar no apoio àqueles que vão atuar no processo judicial propriamente dito. Não há um só motivo, nesse sentido, que justifique, a uma inteira dependência da Polícia ao executivo, e sua inteira independência em relação ao judiciário, ora, seu atuar está exatamente interligado às necessidades do Ministério Público, e depois, por consequência, à administração da Justiça.

A Polícia do Estado Democrático de Direito, antes de se pautar no que pode ou deve fazer, deve primeiro conscientizar-se de que é protagonista do processo penal como um todo e, para tanto, deve também ser consciente do respeito aos direitos fundamentais.

Isto significa dizer que a investigação criminal deve ser técnica, colhendo elementos de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, mas se policiando, ou seja, a polícia do Estado Democrático Direito deve ser polícia dela mesma, pois este paradigma não permite que na investigação do crime valha tudo.

O jogo processual (ROSA, 2014) deve ser limpo desde a investigação e as garantias processuais, bem como os direitos fundamentais, devem pautar a investigação, sendo a polícia um dos responsáveis por seu cumprimento.

Nas palavras de Juan Luis Gomes Colomer (2004) “o Estado não pode reagir contra o crime igualando-se ao criminoso, agindo tão barbaramente quanto ele, mas

⁵⁹ Auxiliar não deve ser entendido como um órgão de somenos importância, pelo contrário sua função é vital para o filtro de acusação, a polícia não auxilia ao nosso ver o Ministério na investigação, pois é ela quem investiga, ela auxilia o Estado como um todo na colheita de elementos mínimos para uma futura ou não ação penal. Nesse aspecto, o Ministério Público a nosso ver coordena as ações investigativas, que vão se realizadas pela polícia, por atribuição constitucional.

através de um julgamento ordenado, imparcial e justo.” (COLOMER, 004, p.104).

Daí a importância da adequada formação técnica policial para a investigação criminal, pois é patente o tensionamento existente no instituto da prisão, possível durante a investigação e os direitos fundamentais.

Nesse sentido, é imprescindível que a Polícia tenha formação teórica, além dos procedimentos meramente policiais. O Direito Constitucional deve ser estudado como norma de interpretação ao Direito Processual Penal, orientando os policiais que o processo penal deve necessariamente refletir os preceitos constitucionais, retratando que as práticas policiais no paradigma democrático só se evidenciam a partir dos direitos fundamentais.

No que tange ao objeto da investigação, ela não deve ser um fim em si mesma, e, sim, buscar a sumariedade, ou seja, deve ser realizada o mais rápido possível, não se busca juízo de certeza e, sim, meramente juízos de probabilidade. Vejamos:

A summaria cognitio significa uma limitação da atividade instrutória. É uma verificação limitada ou superficial, pois o que se pretende é alcançar um juízo de probabilidade, reservando a certeza para a fase processual. Esse tipo de limitação está geralmente relacionado com existência de um posterior procedimento plenário, no qual as limitações anteriores serão remediadas. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 108).

Daí a importância de se distinguirem atos de prova de atos de informação⁶⁰ para que a investigação atenda a sua natureza instrumental, não podendo a investigação pretender produzir prova alongando excessivamente o procedimento.

Nesse aspecto, a presença do Ministério Público coordenador e destinatário do investigação seria imprescindível como responsável para definir o nível de cognição necessária naquela investigação específica.

No processo penal democrático a sumariedade deve ser aplicada na investigação, não por meio de restrição a direitos e garantias fundamentais, mas pela limitação qualitativa⁶¹ e quantitativa⁶² da instrução preliminar (LOPES JÚNIOR, 2006, p.110).

⁶⁰ Tal distinção será feita no item 4.3.

⁶¹ Sobre a limitação qualitativa Aury Lopes Júnior (2006) “A sumariedade qualitativa limita a matéria sobre a qual irão recair a investigação e o grau de convicção que deve proporcionar a investigação preliminar”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.110).

⁶² A sumariedade quantitativa seria “seria um sistema que adote um critério temporal para limitar a investigação preliminar” (LOPES JÚNIOR, 2006, p.112).

A investigação policial deve ser sumária, atendendo aos fins da acusação: ela não é um fim em si mesma. Daí não poder anular a processualidade, pelo contrário, a investigação preliminar é útil justamente para demarcar o que será debatido no processo. Reside aí a importância da colheita de elementos mínimos de uma futura ação penal⁶³.

4.3 Demarcação formal do sujeito passivo na investigação: Do Indiciamento ao *status* de investigado

Com o advento da Lei 12.830/13, que trata da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, veio a esperança de que finalmente teríamos o indiciamento como um momento formal na lei, e que poderíamos visualizar claramente os direitos que dele decorrem. No entanto, vejamos a recente redação legal:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

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

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§ 3º (VETADO).

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

§ 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. (BRASIL, 2013, destaque nosso).

Obviamente foi uma evolução, já que antes da Lei 12.830/13 havia um verdadeiro vácuo sobre em que momento o mero suspeito seria, ou não, indiciado. Mas, em que consiste o indiciamento? Sérgio Marcos Moraes Pitombo (1983) diz que o indiciamento deve resultar do encontro de “feixes de indícios convergentes”

⁶³ A função do juiz na investigação, devido a sua importância será analisada no item 4.4

(PITOMBO, 1983 p. 315) que apontam para uma certa pessoa.

O termo indiciado, mesmo com o advento da 12.830/13, não conseguiu estabelecer quais os direitos que dele derivam para o sujeito passivo de uma investigação criminal. Tal posicionamento encontra respaldo justamente em se diferenciar investigação e processo, como se fossem estanques. Fauzi Hassan Choukr diz que, neste sentido, “o indiciado de hoje não é necessariamente, o denunciado de amanhã.” (CHOUKR, 2006, p.111).

A condição de indiciado retira o suspeito do grau de possibilidade para uma condição de probabilidade, daí consequências como notificação de comparecimento à delegacia para prestar declarações⁶⁴, possíveis requerimentos de prisões cautelares, dentre outras restrições à intimidade do suspeito. Portanto, o indiciamento deveria, além de estabelecer-se como ato fundamentado na demonstração de indícios de autoria e prova de materialidade, descrever quais são os direitos fundamentais que dele derivam.

O processo penal que assuma uma feição acusatória e democrática não pode mais negligenciar os atos consagrados na investigação como irrelevantes ou meras irregularidades, pois está nítido que tais atos influenciam, e muito, no processo penal como um todo.

Fauzi Hassan Choukr (2006) nega consequências jurídicas ao indiciamento, por outro motivo: o posicionamento do autor paulista não segue a linha de segregação da investigação/ processo, mas evita que o indiciamento se torne uma exposição indevida do indiciado, evitando assim a potencialização da estigmatização social do investigado. (CHOUKR, 2006 113).

Todavia há de se abandonar o indiciamento, como momento discricionário da autoridade, pois o Estado Democrático de Direito é mais exigente, uma vez necessita de que se indiquem quais os direitos e garantias fundamentais que deles decorrem.

A atribuição formal do status de investigado traz maior transparência para a investigação, demarcando o momento em que as garantias não podem ser desconsideradas. A partir desse momento, o cidadão adquire condição de pensar na sua defesa e de agir de modo a não se incriminar.

⁶⁴ Não se pode negar o expediente policial que notifica o suspeito para comparecimento como testemunha, quando na verdade é ele o próprio suspeito e futuro investigado, violando o *nemo tenetur se detegere*.

O indiciamento, como ato único da autoridade, é mero pré-julgamento e isso fere a presunção de inocência, o que desconstruiria todo esforço até aqui alinhado. O indiciamento deve conferir ao suspeito o status de investigado, demarcando o momento da defesa e da incidência de garantias de que o indiciado possa gozar.

O anteprojeto do CPP avança, neste sentido, uma vez que menciona em termos de garantias constitucionais, vejamos:

Do indiciamento

Art. 31. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de "indiciado", **respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.**

§1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final da autoridade policial.

§2º A autoridade deverá colher informações sobre os antecedentes, conduta social e condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime.

§3º O indiciado será advertido da necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado. (SARNEY, 2009, destaque nosso).

Assim, urge encarar o indiciamento como garantia de direito fundamental, conforme a teoria dos jogos, uma vez que já na investigação o jogo deve ser limpo e claro, para evitar a incerteza e opacidade do jogo processual (ROSA, 2014, p.33-34).

São vários os direitos que assistem ao indiciado e o primeiro deles é ser informado sobre qual condição está posicionado perante o Estado. Inobstante o Código de Processo Penal ainda consagre o sigilo, a nova ordem constitucional⁶⁵ não mais consagra sigilo como modelo de proteção de investigação e, sim, como direito fundamental de proteção da intimidade à vida privada.

Neste sentido analisa Aury Lopes Júnior (2006)

Quase sempre o segredo é utilizado como forma de limitar a intervenção do sujeito passivo e quase nunca para limitar a publicidade abusiva e prejudicial dos meios de comunicação, sempre dispostos a montar um bizarro espetáculo com plena conivências dos policiais. (LOPES JUNIOR, 2006, p.330).

⁶⁵ Art. 5º 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; (BRASIL, 1941).

Outro ponto que merece destaque é a ausência de uma fase intermediária no processo penal: esta divisão, entre primeira fase e segunda fase do processo, traz muitos malefícios ao processo penal, pois dá margem à interpretação equivocada de que investigação e processo são institutos estanques.

A fase intermediária, se implantada, amenizaria esta cisão entre investigação e processo, delimitando o conteúdo da imputação e já limitando o *locus* de debate, adequando-o à produção da prova, qual seja, a audiência.

O modelo adotado no Brasil de se blindarem as investigações criminais, vem impedindo que o conteúdo da imputação seja exposto à “testibilidade”⁶⁶ frente às exigências democráticas, consagrando como autoridade exclusiva o investigador.

Neste sentido Leonardo Augusto Marinho Marques (2012) assevera:

Em termos concretos, nenhuma garantia constitucional retira da penumbra inquisitória o expediente de formação de culpa. As garantias processuais não atenuam problema da prova produzida, antecipadamente, em absoluto segredo. Os referenciais que sustentam a culpa já foram cuidadosamente selecionados pelo investigador. Perpetuando a lógica indutiva, as premissas estão ali para confirmar a responsabilidade penal. Enfim, há um prenúncio de culpa no ar que não desaparece com instauração do processo penal supostamente garantista. (MARQUES, 2012, p. 163).

Ocorre que, no processo democrático, a verificação da hipótese deve preceder obrigatoriamente a oportunidade de “refutação”⁶⁷.

. O sigilo das investigações deve visar não aos interesses subjetivos da autoridade, mas aos próprios direitos fundamentais do investigado; a concessão que se faz à defesa, tardiamente, na segunda fase do procedimento, para impugnar a hipótese pré-concebida e provada, constitui uma grande ilusão. Essa concessão apenas dissimula a perversidade do método inquisitório, que forma a culpa antecipadamente.

4.4 Indícios x prova

Tendo em vista a concepção democrática a que este trabalho, desde o início se propõe, é chegada a hora de se distinguir prova de indícios, afastando, de uma vez por todas, que as duas acepções são sinônimas.

⁶⁶ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultriz, 2006. p. 137-142

⁶⁷ POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. 5. ed. Brasília: Editora UNB, 2008.

Segundo o processualista italiano Franco Cordero (2000, p. 21) define-se indício de maneira equivocada, já que significa uma conclusão mais ou menos provável sobre alguma coisa, independentemente da forma como foi obtida.

Já a prova é exigente, pois exige um juízo de probabilidade mais consistente, segundo Rosemiro Pereira Leal (2011) considerando a concepção de prova no processo democrático como instituto jurídico que se enuncia pela aproximação dos conteúdos lógicos dos princípios da indiciariedade, da ideação e da formalização. (LEAL, 2011, p. 172).

O vocábulo prova, por sua vez, vem do latim (*probatio*) que significa prova, ensaio, verificação. Deriva de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. (BADARÓ, 2003, p. 156).

A prova, então, tem a finalidade de “fixação dos fatos no processo” (CARNELUTTI, 1982, p. 44-45), neste sentido, o indício ignora o tempo e espaço que o processo exige, o que a investigação do paradigma democrático não pode conceber, pois a investigação adequada ao processo penal democrático não pode anular o processo.

O indício, neste sentido, não leva à prova, apenas conduz sua limitação, ou seja, os indícios colhidos na investigação limitam ou filtram o conteúdo da acusação.

Em um processo penal democrático, não se pode admitir a avaliação da eficácia dos meios de prova pelo “poder da sensibilidade e talento da apreensibilidade jurisdicional.” (LEAL, 2011, p. 173).

Além disso, a noção de indício, como sinônimo de prova, está muito ligada à técnica inquisitória (vide Capítulo 03), principalmente, no tocante ao protagonismo da autoridade decisora, excluindo o horizonte coparticipativo do sistema acusatório.

Na técnica inquisitória, (assim como acontece com aqueles que ainda hoje consideram o indício como meio de prova), acreditava-se que o resultado do processo estaria intimamente vinculado à consciência do Julgador; a autoridade solitariamente ‘absolutamente imparcial’, detinha capacidade, por meio de suas impressões pessoais, de resolver todos os casos concretos. Desta forma, os indícios eram elos seguros que os levariam à prova, e a prova à verdade real, permitindo ao Juiz (inquisidor) a livre formulação de conjecturas, na esfera de sua consciência, sem qualquer participação ou influência das partes.

Ademais, conforme tratado no Capítulo 3, o processo penal no Estado Democrático de Direito deve-se pautar pelo sistema acusatório, sendo regido por

regras que estabelecem, previamente, as funções a serem desenvolvidas pela acusação, defesa e Juiz, cabendo, exclusivamente à primeira, o ônus de provar suas alegações, em decorrência do princípio da presunção de inocência.

Neste sentido, a distinção entre indício e prova é fundamental num Estado de Direito que quer ser democrático: o primeiro deve estar delimitado pelo outro, isto não quer dizer que são excludentes, muito pelo contrário, significa que não são estanques.

Assim, Geraldo Prado (2014) raciocina:

A renovada estrutura procedimental de processo penal brasileiro contempla etapas de controle da atividade probatória que são indispensáveis, como será visto a seguir, mas a adequação do CPP à Constituição fica esvaziada quando este controle não é exercido pelo juiz.

Em um processo acusatório este controle vertical dos elementos probatórios que incide sobre as informações aportadas pelas partes, torna-se indispensável não apenas para assegurar o contraditório como também para garantir que o processo, como entidade epistêmica, esteja eticamente fundamentado.

O sequenciamento das etapas e o conjunto de práticas de correção, conforme exposto, objetiva demonstrar como o direito processual penal brasileiro comporta dispositivos destinados a adequar-se à dinâmica de execução do mencionado sistema de controles epistêmicos. (PRADO, 2014, p.45).

Muito mais que reconhecermos as garantias constitucionais, urge adequarmos o processo penal ao sistema acusatório, tornando-o democrático desde a investigação.

Dito de outra forma, nenhuma garantia constitucional retira da penumbra inquisitória o expediente de formação da culpa, se não adequarmos o processo penal como um todo à democracia. As garantias processuais não atenuam o problema da prova produzida, antecipadamente, e a negligência de sua distinção do indício. Os referenciais que sustentam a culpa já foram cuidadosamente selecionados pelo Investigador (Polícia, promotor ou Juiz).

4.5 Cautelaridade Penal: a investigação e o processo constitucional (contraditório + ampla defesa)

Quando se analisa a teoria da cautelaridade, logo se percebe que suas raízes estão profundamente arraigadas no processo civil, Calamandrei (2000) é um marco nesse sentido. No entanto, quando se parte para o processo penal em que o princípio da presunção de inocência fala alto, algumas fronteiras devem ser

necessariamente estabelecidas.⁶⁸

Ovídio Baptista (2001), apesar de também ser reconhecidamente um autor do processo civil, demonstra maior preocupação com o conteúdo semântico da tutela cautelar, vez que distingue claramente a tutela cautelar da tutela satisfativa.

A diferença entre tutela cautelar e tutela satisfativa é que nesta última, a incerteza peculiar ao momento jurisdicional cessa o estabelecimento da coisa julgada material, ao passo que, na proteção de mera segurança, a situação de probabilidade do direito assegurado que a sentença cautelar protege, prolonga mesmo depois do julgamento definitivo da lide cautelar. (BAPTISTA, 2001, p.74).

Essa distinção, por si só, já inicia, ainda que superficialmente, uma ressemantização dos conteúdos em âmbito processual penal, uma vez que, em decorrência do princípio da presunção de inocência, a prisão cautelar jamais poderá se aproximar de execução provisória, além de destacar que o pedido de prisão provisória deve passar por um direito substancial de cautela.

Nessa quadra, os estudos de Ovídio Baptista (2001), não podem ser totalmente ignorados na compreensão das medidas cautelares existentes no processo penal⁶⁹ cujas medidas cautelares jamais poderão ter caráter satisfativo de uma antecipação do mérito o qual será analisado na sentença penal condenatória (BARROS; MACHADO, 2011, p.16).

Neste sentido, as provas colhidas em caráter emergencial⁷⁰ não têm o condão, pelo menos imediatamente, de formar o convencimento do juiz, mas sim de potencializar o princípio da presunção de inocência, estabelecendo ônus da prova à acusação, ou seja, as provas cautelares se interligam com o direito de acusação, no sentido de que cabe a ela (exclusivamente) provar o inteiro teor de sua imputação.

É com essa principiologia que não se pode descuidar do princípio da presunção de inocência, pois, enquanto princípio constitucional, sua importância revela a garantia do processo penal como lugar de direitos fundamentais, e

⁶⁸ Aury Lopes Júnior (2011) neste sentido diz: "É necessário abandonar a doutrina civilista de Calamandrei para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal." (LOPES JÚNIOR, 2011b, p.15).

⁶⁹ No processo penal não temos procedimento cautelar propriamente dito como temos no processo civil.

⁷⁰ Neste sentido as provas indicadas no art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas **as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas** (BRASIL, 1941, destaque nosso).

“refutando” (POPPER, 2006) o arbítrio e discricionariedade da autoridade. O Inquérito Policial também deve ser analisado dentro dessa principiologia constitucional. O princípio da presunção de inocência relembra aos atores do Direito que o processo penal deve estar em conformidade com a Constituição, as funções devem estar rigidamente delimitadas (PRADO, 2006).

A elevação das normas de direito processual à garantia constitucional foi fundamental para a implementação de direitos fundamentais, e, principalmente para nortear a interpretação sempre com a bússola constitucional. Este “*modelo constitucional*”⁷¹ contribuiu relevantemente para que as decisões tomadas pelo Estado fossem construídas por um direito discursivo e democrático, sobretudo a partir do marco procedimentalista (HABERMAS, 1997) o processo se solidifica ainda mais como lugar de direitos fundamentais.

Como já mencionado, a humanidade infelizmente só depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial⁷² consolidou como garantia constitucional os princípios atinentes ao direito processual.

O Surgimento do estudo sistematizado do Direito Processual Constitucional ou do Direito Constitucional Processual foi intensificado após a Segunda Guerra Mundial. O resultado deste gradual e longo estudo pode ser resumido como “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. (BARACHO, 2006, p.36).

Com o advento do chamado Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para “qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor” (DIAS, 2012, p.105), pois, como já mencionado, a indicação constitucional do modelo constitucional, por sua viga mestra (devido processo legal) qualquer decisão para ser soberana não pode ser criativa, magistral ou conforme a “consciência” (STRECK, 2011, p. 241-248) do julgador e, sim, em restrita obediência à estrutura metodológica construída normativamente (DIAS, 2010, p. 35).

Em importante estudo realizado sobre a participação da vítima no processo penal, Flaviane de Magalhães Barros adverte:

⁷¹ Esta expressão foi consagrada na Itália por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997) e pode ser caracterizado como “normas e princípios constitucionais respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar um objeto de uma exposição unitária”. (ANDOLINA; GIUSEPPE, 1997, p. 7).

⁷² Neste sentido é possível afirmar que tanto o nazismo como o fascismo só chegaram ao poder porque tiveram amplo apoio do povo. (ARNAUT; MOTTA, 1994, p.24).

Logo, demonstra-se patente que na compreensão do Estado Democrático de Direito, no qual se prevê o direito constitucional ao processo, conforme disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, não há espaço para qualquer entendimento de que a vítima não possa participar do processo penal como sujeito de direitos, em virtude da garantia do devido processo legal, da igual proteção jurídica e do contraditório, porque é afetada pela decisão jurisdicional. Esta mudança decorrente do paradigma do Estado Democrático de Direito vem sendo paulatinamente trabalhada pela ciência penal e processual penal (BARROS, 2008, p.41).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o Inquérito Policial como espécie de investigação deve-se espelhar no modelo constitucional de processo, definido como base principiológica uníssona⁷³, desta feita, necessário é compreender o princípio acusatório como norte no processo penal democrático.

Um devido processo legal constitucionalizado é totalmente incompatível com o sistema inquisitorial adotado no Código de Processo que, conforme lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 222) "este sistema não foi recepcionado pela Constituição o que deveria ter sido declarado".

Nesse aspecto, é óbvio que com a promulgação da Constituição da República de 1988, na ânsia de se estabelecerem garantias constitucionais, antes resistidas pelas forças preponderantes, houve progresso e fracassos.

Assim, podem-se indicar alguns pontos cinzentos entre a investigação e os princípios constitucionais, por exemplo, como adequar princípios como contraditório e ampla defesa aos procedimentos investigatórios?

Difícil dar a esta indagação tom conclusivo, mas é possível encaminhar alguns nortes que se devem trilhar com base no paradigma do Estado Democrático de Direito: primeiro; não se pode admitir que investigações sejam dirigidas pela polícia de forma clandestina.

A grande diferença de uma perspectiva do Estado Democrático de Direito a respeito da atuação investigativa para apuração de fatos pretensamente ilícitos é justamente que a partir do momento que a esfera de direitos dos indivíduos passa a ser atingida não pode o Estado pretender uma atuação clandestina (BARROS, 2009, p.263).

⁷³ Neste sentido explicam Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011) explicam: "interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co – dependentes. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios afetam-se, também de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciado. Em outras palavras, tais princípios são vistos como co- dependentes no sentido de que , apesar de cada um possuir seu espectro de atuação próprio , eles formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é uma condição para o respeito aos demais." (BARROS; MACHADO, 2011, p. 20-21).

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito dentro da base principiológica uníssona as investigações não podem anular ampla defesa e contraditório. (BARROS; MACHADO, 2011).

Nesse sentido, é interessante analisar a teoria do processo como procedimento em contraditório do italiano Elio Fazzalari. Esse processualista explicitou que o processo não é uma mera sequência de atos praticados pelas partes ou juiz, mas sim pela presença do direito ao contraditório (SANTOS JÚNIOR, 2013, p.42). Sua essência está na “simétrica paridade” (FAZZALARI, 2006, p. 80).

Ainda que a Teoria do Processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari (2006), não seja marco teórico desde trabalho, por tudo aqui construído a investigação não pode anular processualidade⁷⁴. Por essas razões é muito difícil apontar a natureza jurídica do inquérito policial, pois ele é um procedimento que pode decidir a existência ou não do processo. Importante indicar a concepção de procedimento em Fazzalari, pois assim se tem uma noção da dificuldade de se afirmar que o procedimento instaurado no inquérito seja processo, segundo a teoria fazzalariana:

A estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de série de normas até reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode tratar também um simples ato, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação , mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação o cumprimento de uma atividade regulada por uma norma[.] O procedimento se apresenta, pois, como uma sequencia de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas (FAZZALARI,2006, p 113).

Já o processo, exige a qualidade do contraditório⁷⁵, daquele cujo ato final é destinado, mais que isto, deve este ser necessariamente construído também por este sujeito que vai sofrer as consequências do ato. Em sede de inquérito tarefa das mais difíceis, pois a resposta passa necessariamente por se responder a uma pergunta crucial, qual o provimento do inquérito? O relatório do delegado de Polícia, a denúncia ou seu recebimento pelo juiz? O Inquérito Policial termina com o

⁷⁴ Aqui entendida como o devido processo legal , contraditório e ampla defesa.

⁷⁵ Aroldo Plínio Gonçalves (2012) explica o que é o contraditório O contraditório não o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria contravertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igualdade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação. (GONÇALVES, 2012, p. 109).

relatório, mas esse relatório não é um fim em si mesmo, e sim um meio para outro que é a denúncia, e este tem outra finalidade, o recebimento ou não da denúncia.

Enfim apontar a natureza jurídica da investigação não é objetivo desde trabalho, mas sim adequá-lo ao processo penal democrático.

Por seguir a lógica inquisitória, a investigação é realizada de forma unilateral pela autoridade, a concentração de funções vem acompanhada da concentração máxima de poder. A inquisitorialidade é autoritária por natureza e desconhece a proposta democrática de poder compartilhado entre instituições e controlado pelos destinatários.

Nos procedimentos investigatórios para se garantir a aplicação da referida base principiológica, é necessário garantir o contraditório, que obviamente devido à finalidade da investigação⁷⁶ deve-se analisar como se dará o contraditório⁷⁷.

Obviamente, para se potencializar o contraditório, não se pode dissociá-lo da ampla defesa que se inicia na investigação, não existe ampla defesa em um Estado democrático de Direito que afaste a defesa da investigação.

No entanto, introduzir uma investigação defensiva no Brasil é muito complexo, uma vez que não temos nem mesmo uma instituição pública⁷⁸ implementada neste sentido.

Na perspectiva democrática, a investigação não pode negar que a defesa tenha acesso aos autos da investigação, uma vez que nessa perspectiva o investigado deixou de ser objeto da investigação, para ser sujeito de direito. À defesa técnica, com amplo acesso a autos da investigação tal possibilidade é fundamental para uma adequação constitucionalmente da investigação ao processo penal democrático.

Por fim, é imprescindível reposicionar o juiz frente à investigação. Nesse aspecto analisar a figura do juiz das garantias que já se encontra no anteprojeto do novo Código de Processo Penal, bem como o confrontando com a possibilidade de ser esta nova figura, um dos destinatários dos autos da investigação, imunizando, de umas vez por todas, a contaminação do juiz julgador com a investigação, é a tarefa dessas últimas páginas.

⁷⁶ Conforme já explicitado no cap. 1 é colher elementos para acusação e servir de filtro de acusações levianas.

⁷⁷ Assim, há que se distinguir o contraditório prévio de antemão do sucessivo ou postergado (NUNES, 2012).

⁷⁸ Em várias comarcas do país ainda não há Defensoria Pública.

4.6 Juiz das garantias

Como já discorrido na nota de pé página número 35, item 2.5 deste trabalho, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal traz a possibilidade de uma figura nova no Direito brasileiro, qual seja, o “juiz das garantias”.

Por várias vezes foram propostas reformulações no Código de Processo Penal. As principais mudanças recaíam comumente sobre a investigação, os sujeitos processuais e seus papéis.

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, apresentado em 2009, ao Senado, não fugiu desse contexto; a inovação que mais causou alvoroço na comunidade jurídica foi certamente a proposta de criação do juiz das garantias.

Essa nova figura surge, nos termos do anteprojeto, como o baluarte do modelo acusatório, salvaguardando os direitos fundamentais do acusado na investigação criminal.

Pretende-se claramente sacramentar o papel do magistrado na fase de investigação, estabelecendo os limites de sua atuação, evitando-se desvios que eventualmente ocorrem no atual sistema criminal brasileiro⁷⁹.

Ele desponta, também, como medida adequada para afastar a possível parcialidade do juiz que teve contado com a colheita da prova na fase pré-processual, uma vez que, como se explicitará, o juiz das garantias tem sua competência limitada à fase de investigação, sendo impedido de atuar na fase processual, sua implementação intenta-se aperfeiçoar e agilizar a atuação jurisdicional criminal, em razão da especialização da matéria.

Como já deixado claro neste trabalho, um dos referenciais teóricos para a adequação da investigação ao processo penal democrático é o sistema acusatório e, nesse sentido, é impossível analisar a investigação desconsiderando a figura do juiz

⁷⁹ Como observa Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (2009) "a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, entre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados - em casos de repercussão, especialmente. [...] Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório". (PITOMBO, 2009).

das garantias que é figura imprescindível na implementação do referido sistema.

Já foi dito que o Brasil esteve sempre mergulhado numa profunda tradição inquisitória, e, sobretudo na investigação, pode-se perceber que o juiz muitas vezes se vê como órgão garantidor da segurança pública, negligenciando sua função precípua de ser aquela figura imparcial que fiscaliza os excessos, e, sobretudo, a observância irrestrita de direitos constitucionais fundamentais.

Neste sentido, uma grande contribuição da implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro seria romper com essa tradição inquisitória de que o juiz é também agente de segurança pública, estando, portanto, legitimada a produção da prova, e, mais que isto teríamos uma figura que estaria presente na investigação, como guardião da legalidade e dos direitos individuais fundamentais do investigado, afastando a lógica inquisitória em que o juiz é agente estatal que deve na investigação resguardar o sigilo das investigações para um bem de interesse comum.

A inserção do juiz das garantias no anteprojeto traz implicações claras. O magistrado que atua na fase de investigação é impedido de determinar a produção antecipada de prova, de ordenar a realização de buscas e apreensões, interceptações telefônicas e prisões temporárias, de ofício. A ele cabe decidir tais questões, sempre que provocado, tendo funções nitidamente cautelares, não se envolvendo com a instrução penal que levará ao julgamento de mérito.

De acordo com Marcos Zilli (2010, p. 20), o fato de o juiz não mais poder decretar a interceptação das comunicações telefônicas sem requerimento prévio do sujeito legitimado para fazê-lo, é prudente, em face da natureza eminentemente investigativa da medida. Afinal:

O juiz que determina a interceptação, independentemente de provocação, se antecipa aos sujeitos que seriam naturalmente interessados nos resultados de tal meio de busca de prova, assumindo ele próprio o papel do investigador. É justamente isso que o projeto procura coibir (CHOUKR, 2011, p.273).

Todavia, apesar de ser uma tentativa louvável na superação de nossa tradição inquisitória⁸⁰ “nem tudo que reluz é ouro”, pois alguns questionamentos ainda continuam na penumbra inquisitória.

⁸⁰ Em belíssima dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós Graduação de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Larissa Marilla Serrano da Silva (2012) discorre sobre A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A superação da tradição inquisitória.

Nesse sentido, conforme questionado por Warlen Soares Teodoro (2009, p. 544) como proposto no anteprojeto, ao fundamentar sua decisão sobre pedido de medida cautelar, a decisão estaria de acordo um viés democrático? A decisão se compatibilizaria com direitos fundamentais?

A implantação do juiz das garantias é um importante passo do Estado Democrático de Direito, bem como de uma fissura na forte estrutura inquisitória que permeia toda investigação policial, contudo, ainda carece de muito debate da comunidade jurídica para que realmente se efetivem os direitos e garantias fundamentais imprescindíveis também na investigação. Neste sentido:

Ao estabelecer os requisitos da fundamentação o anteprojeto perdeu a chance de dar um “pulo” importante em termos de adequação do “juiz das garantias” as balizas do Processo Constitucional, bem como efetivar um instituto de garantia das liberdades constitucionais, justamente porque não inseriu no rol 519 a obrigatoriedade do magistrado de observar o contraditório. (TEODORO, 2009, p.550).

Assim, debatida a figura do juiz das garantias, frente às exigências do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório, sua implementação muito contribuirá na superação dos traços inquisitoriais, bem como muito contribuirá na fiscalização da investigação policial legal e limitada no respeito aos direitos e garantias fundamentais

4.6.1 Exclusão física dos autos Inquérito dos autos do Processo como exigência do sistema acusatório

Em consonância com a implantação do juiz das garantias, necessário seria a exclusão física dos autos da investigação aos autos do processo e, por consequência, a total desvinculação entre o juiz da instrução com a investigação.

É inegável o grave perigo de contaminação do julgador, se os autos do Inquérito se destinarem ao juiz que irá decidir o caso penal.

Como já explanado no item 4.4 deste trabalho, os indícios são objeto da investigação enquanto a prova é objeto da fase processual, não sendo, portanto acepções sinônimas, ambas têm inclusive locais de abrangência distintos.

Neste aspecto, como no Brasil não têm uma fase intermediária, a exclusão física dos autos da investigação aos autos do processo é exigência lógica do processo constitucional para que se desfilie deste a investigação de feição

acusatória.

Obviamente, o ideal seria a união do juiz das garantias com a implantação de uma fase intermediária, pois seria esta figura que ficaria responsável pela autorização e denegação de medidas cautelares, além de consagrar-se a fase intermediária, julgaria (em audiência com as partes) a pertinência ou não da hipótese acusatória.

Instituir a fase intermediária sob a responsabilidade do juiz das garantias certamente não resolveria todos os problemas da investigação, mas o mesmo juiz que teria apreciado as demandas que surgiam na investigação seria o que promoveria o filtro do material que seria introduzido no processo, caso ele seja aberto, o que sem dúvidas traria ganhos democráticos.

Sendo assim, “a polícia faz investigação com o controle externo do MP e , sempre que precisar de diligência que incida sobre direitos individuais, demanda ao juiz das garantias, o que controla por este viés, o que se fará” (COUTINHO, 2009 p.28), sempre recordando que o juiz das garantias não atua no processo, preservando assim sua imparcialidade.

Como é o Ministério Público o coordenador da investigação, deverá ele ser o destinatário imediato dos autos da investigação. Após seu recebimento, os autos deverão ser enviados para o juiz das garantias que fiscalizará a legalidade do procedimento, bem como dirigirá as medidas cautelares que se fizerem necessárias.

Dizer que o que foi colhido no Inquérito não pode ser considerado na sentença já se mostrou ineficaz, isto é apenas um enunciado que se mostrou fadado ao fracasso.

No Estado Democrático de Direito, não basta vetar o que pode ou não pode, é necessário conferir os mecanismos de efetividade. Neste caso, o juiz continuará lançando mão da retórica para fundamentar sua decisão com base no que foi colhido unilateralmente na investigação.

Com a exclusão física dos autos aos autos do Inquérito Policial dos autos do processo, começaríamos a viabilizar com mais clareza a imparcialidade da função juiz no processo penal, evitando juízos preliminares contaminem a cognição processual.

Os autos do inquérito, dentro dos autos processuais é a preservação da técnica inquisitória e acabam por influenciar direta ou indiretamente a convicção do juiz; portanto, somente através da sua exclusão é possível evitar a condenação

baseada em meros atos de investigação. É o que já acontece em outros sistemas, como ocorre no processo penal italiano.

Na Itália, tal como em Portugal, a fase da investigação está voltada ao recolhimento de elementos úteis à determinação do fato e da autoria que formam o *fascicolo dele indagini*. Sua função é levada a efeito pelo Ministério Público e pela polícia, tal como no ordenamento português, qualificados como atos de investigação e que, portanto, não têm status de prova⁸¹. Por isso, o seu valor probatório fica limitado, em grau de probabilidade, para justificar a necessidade ou não do recebimento da acusação na *udienza preliminare*, ou até para fundamentar eventuais medidas cautelares.

A investigação policial, como uma das espécies de investigação constitucionalmente aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, é de extrema relevância para o processo penal democrático, pois filtra futuras acusações levianas e infundadas. Mas é necessário entender de uma vez por todas, que a investigação não gera prova, e sim gera atos investigatórios que servem de fundamentos para a acusação ou o arquivamento, bem como eventuais medidas de natureza cautelar. A prova, por sua vez, deve ser produzida na fase do processo com a observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Para uma investigação que se adegue ao paradigma democrático, ela nunca poderá ser utilizada como meios exclusivos e retóricos de fundamentação de condenações.

Essa importação dos atos de investigação para o processo insurge contra o próprio modelo democrático, e como tal rompe com a opção do sistema acusatório consagrando um processo essencialmente inquisitório, já que os seus elementos foram colhidos no ritual inquisitivo do inquérito, o que causa evidentemente a contaminação das provas que serão produzidas na fase do julgamento. Entretanto, um sistema acusatório, que efetivamente segue o princípio da acusação, exige mais do que a mera separação de funções. É fundamental que se leve a cabo a finalidade da separação destas funções, qual seja, a de não contaminar as provas produzidas em juízo com os atos decorrentes da investigação.

Somente através da exclusão do inquérito dos autos do processo é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em

⁸¹ Daí a importância da distinção feita neste trabalho entre prova e indício feita no item 4.4

que se efetivará a sua função endoprocedimental.

Enquanto isso não ocorrer entendemos que os elementos oferecidos pelo IP- à exceção das provas técnicas e das provas produzidas através do incidentes de produção antecipada (ante o juiz) não devem ser valorados na sentença e tampouco servir de base para a condenação ainda sob o manto falacioso do cotejando com prova judicial (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 236.237).

Assim poderíamos garantir a originalidade do material probatório uma das principais conquistas do processo acusatório, já que assim se garante que a convicção do órgão julgador não será formada com base em provas não judicializadas.

Nesse sentido, em caso de insuficiência de prova no processo penal debatido em contraditório, deve-se proceder à absolvição elevando à potência máxima o princípio da presunção de inocência, sob pena de as garantias do arguido serem atropeladas pela ambiciosa verdade real, não compatível com os postulados democráticos.

É evidente que não deve haver exclusão das provas técnicas e das irrepetíveis produzidas em incidente probatório que observou os preceitos mínimos do contraditório e ampla defesa.

Enfim, para efetivamente evitar contaminação do julgador, o ideal seria adotar o sistema de eliminação do inquérito policial do autos do processo, excetuando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, produzidas via incidente.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar que, a partir da Constituição da República de 1988, o paradigma do Estado Democrático de Direito começou a ser construído. Neste aspecto, a investigação policial como *locus* de tensionamento de direitos e garantias fundamentais, há se de adequar ao novo paradigma que ora se constrói. A investigação tem por finalidade precípua reunir elementos mínimos para que o titular da acusação possa exercer, se for o caso, seu direito de acusar.

Diante de criteriosa análise da investigação policial, conclui-se que ela é importante mecanismo de acusações infundadas, e que ela deve consagrar o princípio constitucional da presunção de inocência como ponto de partida do processo penal constitucional acusatório, resguardando importantes princípios, como ampla defesa e contraditório.

Dentro desta perspectiva, se buscou demonstrar a incompatibilidade da investigação baseada exclusivamente na tradição inquisitória e a construção de um processo penal democrático, uma vez que tal perspectiva foi resultado de toda uma herança inquisitiva e no Brasil está demarcada por características do paradigma do Estado Social e, portanto, contrários aos postulados do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo.

Desde que a investigação policial brasileira entrou em vigor, percebe-se que ela sofreu grande influência da inquisitorialidade europeia, sendo mecanismo de blindagem do poder dominante e que o investigado nesse contexto era como mero objeto da investigação e a legislação processual penal deixa esse propósito bem evidente na exposição de motivos, uma vez que foi mantida com o fim de ser mais enérgica e menos garantidora de direitos ao investigado, visto que ele poderia tumultuar a atividade investigativa. Utilizava-se da investigação como meio de obtenção da verdade sem qualquer participação do investigado.

Como atividade preparatória do processo, a investigação é um importante mecanismo democrático como filtro de acusações levianas por fornecer em sua essência elementos mínimos de convicção para que o titular do direito de acusação, delimitando seu objeto e já projetando para as partes o conteúdo da prova que será debatida se prosperar o processo.

A investigação não pode anular o processo e, sim, prepará-lo. A investigação é fundamental e imprescindível na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido a investigação deve estar pautada na técnica acusatória e não na inquisitória, porque esta visa a formar culpa antecipada.

Nesse contexto, na investigação não cabe nenhuma presunção de culpa, nenhum juízo de valor antecipado. O processo penal democrático propõe a construção compartilhada da decisão, permitindo às partes promover a livre interpretação do direito, bem como desenvolver ampla argumentação a partir dessa livre interpretação; a presunção de inocência ganha relevância na investigação para estabelecer limite a ela.

Prevalecendo a presunção de inocência já na investigação sem anulação da processualidade democrática, começa-se a vislumbrar uma investigação preparatória e não antecipatória de julgamento, pois a investigação com esta demarcação estará apenas com preocupações de colheita de elementos mínimos para a formulação de uma futura hipótese acusatória.

Demarcar funções desde as investigações é fundamental para construirmos um modelo de Estado que realmente tenha ganhos democráticos, não é possível assim deixar a margem discricionária para o atuar da autoridade.

Nesse aspecto, o Ministério Público há de assumir sua função de coordenador das investigações realizadas pela polícia, já que o material colhido servirá ou não de base para uma futura ação penal, do qual, via de regra é titular.

A investigação para de adequar ao paradigma do Estado Democrático de Direito deve visualizar a possibilidade de adotar a atuação de um juiz, exclusivamente para a investigação como mecanismo de superação dos traços inquisitoriais, bem como guardião na fiscalização da investigação policial legal e limitada no respeito de direitos e garantias fundamentais.

Somada a isso, a investigação adequada ao processo penal democrático reclama a exclusão física dos autos da investigação dos autos do processo, pois no Estado Democrático de Direito o juiz deve se aproximar das provas a ele levadas pelas partes, se afastando de indícios colhidos na investigação em que não se pode em partes na acepção da palavra.

Assim, para se adequar a investigação policial ao processo penal democrático é necessário optarmos, de uma vez por todas, pelo sistema acusatório, como princípio mais adequado ao modelo constitucional de processo, aclarando os pontos cinzentos da investigação policial mergulhada no procedimento inquisitório.

REFERENCIAS

ABBGNAME, Nicola. **Dicionário filosofia**. Tradução, coordenação e revisão por Alfredo Bosi, com elaboração de Mauricio Cunio. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ALMEIDA, Joaquim Canudo Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1973.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali del giustiziacivile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giapichelli Editore, 1997.

ARNAUT, Luiz; MOTTA, Rodrigo: **A Segunda Grande Guerra: do nazi- fascismo à guerra fria**. São Paulo: Atual, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova em processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA, Ovídio. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Investigação policial e direito à ampla defesa: dificuldades de uma interpretação adequada à Constituição. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.250-271.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BOFF, Leonardo, Prefácio, inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição e Legislação Penal e Processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out.1941. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 24 nov. 2014.

BRASIL. Lei 12.830/13. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jun. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> Acesso em: 08 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.354. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 set. 2004.

BRASIL. **Anteprojeto**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, 133p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 dez. 2014

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre processo criminal Brasileiro**. 3. ed . Rio de Janeiro: H Garnier, 1889.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luís Fernando Lobão Morais. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Tradução de Niceto Alcalá- Zamona y Castilho. Buenos Aires: Despalma, 1982.

CHAVES, Vinícius de Souza; GOTTARDI, Bruno Miquelão. **Poder investigativo do Ministério Público: o parquet investigação criminal, os sujeitos passivos polêmicos da investigação- novas abordagens ao tema**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. O juiz das garantias na reforma do Código de processo penal. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan Ambos . Kai. **Polícia e estado de direito na América Latina**. Lumen Juris 2004.

COLOMER, Juan Luis Gomez. Estado democrático e modelo policial: uma proposta de estrutura para obter uma investigação eficaz do crime: In: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Polícia e estado de direito na América Latina**. São Paulo: Lumem Juris,

2004.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221- 231.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.17-36.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 184, jul./set. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro.1986.

DAMASKA, R. Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Chile: Editorial Chile, 2000.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processo penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

DEU, Maria Armenta. Juicio de acusación, imparcialidade del acusador u derecho. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006. p. 653-663.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

EYMERICH, Nicolau. **Manual da inquisição**. Tradução de Afonso Celso Godoy, Curitiba: Juruá, 2009.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-65.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GREEN, Toby. **Inquisição**: o reinado do medo. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Del Rey, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUGO, Victor. **O último dia de um condenado**: 1802-1805. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo: Liberdade, 2010.

KAFKA, Franz. **O processo**: organização. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: LEPM, 2012.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: Presses universitaires de France, 1972.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao**

processo penal no prazo razoável. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a. v.1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional).** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.

LOPES JÚNIOR, **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 4 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Hiper racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, Constituição e crítica:** estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la, **Boletim IBRASP**, v. 3, nº 4, 2013.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O princípio da oralidade e a desvalorização da informação relevante no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 10, nº 46, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Sistemas processuais a produção da prova e os sujeitos do processo penal, **Boletim IBRASP**, ano 04, nº 06, 2014.

MARTINS, Lucas Moraes. **Uma genealogia das devassas na história do Brasil.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. Anais...Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MARTINS, Rui da Cunha. **O ponto cego do direito.** São Paulo: Atlas, 2013.

MONET, Jean-Claude. **Polícias e sociedades na Europa.** Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. 2. ed. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. (Polícia e sociedade, 3).

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Coord.). **Reformas do processo civil:** perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-53.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** Rio de Janeiro. Lumen Juris 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos**

direitos fundamentais. Belo horizonte. 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PASSOS, Fábio Presoti. **A participação do investigado na instrução preliminar como manifestação dos direitos fundamentais.** 2012. 121f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. **Primeiras linhas sobre o processo criminal.** 3. ed. Lisboa: Typografia Rollandiana, 1820.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evoluções históricas e fontes legislativas.** Bauru: Jalovi. 1983.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como Ato de Polícia judiciária, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 577, 1983.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles. **Revista Consultor Jurídico**, 29 dez. 2009.
Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atosacusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações.** 5. ed. Brasília: Editora UNB, 2008.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultriz, 2006.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pontes, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das leis Processuais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROUANET, Sérgio Paulo. Título do capítulo. A deusa da razão. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual.** 2011.

177 f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: A participação dos sujeitos do centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Waldir Miguel dos. A contribuição da teoria do processo como procedimento em contraditório à jurisdição democrática. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 22, 2013, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: CONPEDI, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de65a3fb6d48ee7ch>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

SANTOS JÚNIOR, WALDIR MIGUEL dos; TEODORO, Warlen Soares. O poder do direito penal do inimigo pela via do procedimento inquisitório. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 4., 2013, Porto Alegre. **Anais eletrônicos...** Porto Alegre: PUCRS, 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/17.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2014.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Memórias do distrito diamantino**. Belo Horizonte.. Ed Itatiaia, 1976.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado, nº 156 de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645> Acesso em: 14 dez. 2014.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil** : a superação da tradição inquisitória. 2012. 118f. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. Disponível em : <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>>. Acesso em: 19 set. 2012.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno**: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUSA, Alberto. **Investigação em educação**. Lisboa: Livros Horizonte. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto?- Decidir conforme a consciência? protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política, 2011. 241-248.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TEODORO, Warlen Soares. A fundamentação do Juiz das Garantias sobre a decisão do pedido de medida cautelar à luz do estado democrático de direito-garantia de quê?. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.244-252.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Editora UNB, 1994. v.1. Cap. III.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto. **A crise da razão** (Org.). São Paulo: Companhia das Letras. 1996.

ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, edição esp., p. 19-20, ago. 2010.