

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

CONSTITUIÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: MÚLTIPLAS AGÊNCIAS E FRÁGEIS CONTROLES

CONSTITUTION E CRIMINAL INVESTIGATION: MULTIPLE AGENCIES AND WEAK CONTROLS

**Vinicius Lúcio de Andrade
Vinícius Leão de Castro**

Resumo

As transformações sofridas pelo Estado brasileiro quanto à sofisticação, profissionalização, multiplicação das atividades de investigação criminal necessitam de adequações legais e regulatórias a partir da Constituição. Devido o crescente envolvimento de órgãos não-policiais e de fiscalização em atividades tipicamente de natureza investigativa criminal, todavia com graves repercussões na produção do conjunto probatório e na própria sistematicidade estatal, bem como recorrente sobreposição de tarefas. Perquirir como a fase preliminar do processo penal pode ser previsível juridicamente através de formas e limites pré-estabelecidos sem inviabilizar a eficiência investigativa. Através de uma discussão entre conceitos constitucionais e de dogmática processual penal, e a correlação destes com estudos e relatórios de natureza empírica oriundos do Conselho Nacional do Ministério Público e as discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal procura-se traçar um panorama de situações problemáticas nas quais há ausência de regulamentação jurídica e discussão críticas assevera e impossibilita a efetivação de uma investigação preliminar no Brasil com limites constitucionais definidos.

Palavras-chave: Investigação criminal, Limites, Regulamentação

Abstract/Resumen/Résumé

The transformations undergone by the Brazilian government as the sophistication, professionalism, proliferation of criminal activities require legal and regulatory adjustments from the Constitution. Because of the growing involvement of non-law enforcement and supervision in typical criminal investigative nature activities, however seriously affecting production of the evidence together and own state systematic and recurrent overlapping tasks. To assert as the preliminary stage of the criminal process can be predictable legally through forms and pre-set no void the investigative efficiency limits. Through a discussion of constitutional concepts and criminal proceedings dogmatic, and the correlation of these studies and reports of empirical derived from the National Public Prosecution Council and the discussions in the Supreme Court seeks to give an overview of problematic situations which there is no legal regulation and asserts critical discussion and prevents the execution of a preliminary investigation in Brazil to set constitutional limits.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal investigation, Limits, Regulation

1. Introdução

A investigação criminal realizada pelo Estado Penal tornou-se fundamental para observação e pesquisa quanto à preservação dos direitos e garantias fundamentais. A fase pré-processual penal funciona como um termômetro do sistema de justiça criminal, das instituições policiais e dos órgãos de fiscalização dentro Estado Democrático de Direito.

Portanto, compreender o funcionamento, os problemas, as formas, as necessidades, os limites das investigações criminais no âmbito da democracia constitucional brasileira através da problematização e análise dessas questões. Nesse contexto, a Constituição é o marco jurídico-político de contenção e racionalização do Estado-investigador.

A problemática central dessa investigação científica advém da constatação que um grande número de instituições estão envolvidas em atividades de natureza investigativa com repercussões criminais. De órgãos policiais previstos textualmente na Constituição esta finalidade até órgãos de fiscalização concebidos precipuamente para outras atividades, mas devido à natureza de suas ações inexoravelmente constroem, buscam e utilizam informações sob a mesma lógica dos investigadores criminais.

Essa multiplicidade de atores institucionais envolvidos em atividades semelhantes sem regulamentação legal e parâmetros de operacionalidade provoca efeitos de babel, nos quais há sobreposição de tarefas, conflitos de atribuição, dispêndio de recursos públicos, intervenções estatais na vida privada sem previsão legal.

A partir destas constatações e problemas, quais as medidas jurídicas e institucionais podem ser construídas para conter e racionalizar as práticas investigativas criminais realizadas pelo Estado no Brasil? Quem poder investigar o que e de que forma isto pode ser realizado? Quais informações obtidas podem ser utilizadas posteriormente na fase judicial e quais necessitam de prévia autorização judicial inclusive na fase pré-processual?

Na primeira parte deste artigo é traçado uma relação entre os aspectos constitucionais e a questão paradoxal da eficiência. Como conciliar preservação de direitos e garantias fundamentais nesta fase pré-processual penal, sem, contudo inviabilizar a eficiência? Também, são descritos três processos jurídico-institucionais que

relacionam polícias judiciárias, polícias ostensivas (a invasão destas na atividade daquelas), as instituições não-policiais e o Ministério Público.

Posteriormente, discute-se a multiplicidade de órgãos e instituições que realizam investigações de natureza criminal com repercussões na fase pré-processual penal, logo com diretas implicações na fase judicial. São apresentados alguns dados de Relatórios do Conselho Nacional do Ministério Público, um sobre a ineficiência do inquérito policial, e outro sobre a utilização de recursos humanos das Polícias para análise de interceptações telefônicas e telemáticas no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais.

Na terceira parte do artigo, investiga-se a necessidade de um devido pré-processo legal, isto é, de que maneira a fase pré-processual pode ser realizada regulamentação infraconstitucional específica? Sob as premissas do princípio do devido processo legal ser observado também na fase investigativa sob o risco do Estado-investigador tornar-se um curioso, um invasor da vida cotidiana das pessoas.

Nesta parte, aponta-se a imposição de se observar as formas, inclusive as pré-processuais como garantias constitucionais dos investigados. Forma é garantia. Mas como estabelecer formas procedimentais diante desta multiplicidade de investigadores estatais? É necessário construir um marco regulatório a partir da Constituição para investigações criminais?

2. Constituição, Investigação criminal e a paradoxalidade da eficiência

As instituições constitucionalmente responsáveis pelas investigações criminais, especialmente as polícias judiciárias, e recentemente o Ministério público, são rotineiramente exigidas acerca de quais parâmetros de eficiência tem sido utilizados na atividade pré-processual penal.

Inclusive, a ineficiência do inquérito policial, histórica e empiricamente comprovada, implica na ausência de elucidação de crimes e não-redução dos níveis de impunidade (o índice de elucidação de homicídios no país varia entre 5% a 8% segundo relatório do CNMP de 2012) uma das justificativas para a fragmentação e multiplicação de órgãos estatais – do IBAMA, Receita Federal até os Tribunais de Contas e Controladorias - incumbidos de realizar de maneira subsidiária, mas não menos relevantes tais investigações.

Há uma paradoxalidade entre empregar eficiência – a capacidade de uma investigação gera o efeito que dele se espera (SCARANCA, 2008, p.21) - sem critério e limites legais nas investigações, e mesmo assim não oferecer possibilidades de prejuízos ao investigado. Do mesmo modo, sem conceber na fase preliminar uma metodologia e parametrização de êxitos e de desacertos é torná-la absolutamente inútil ou meramente expletiva.

Todavia, a busca desse equilíbrio entre eficiência e garantismo deve-se dar a partir do estabelecimento procedimentos claros, isto é, as formas procedimentais pré-processuais, seus limites, instrumentos, metodologias investigativas necessitam de adequação constitucional. O parâmetro de utilização e manejo desses meios deve ser buscado a partir de uma perspectiva constitucional.

Na fase preliminar, há um núcleo de direitos fundamentais que são indisponíveis e inalienáveis. Isto é, nem o próprio sujeito pode dispor deles, ou mesmo o Estado pode diminuí-los (FERRAJOLI, 1999, p.39). Isto implica no papel da Constituição equacionar a relação entre forma e substância. Apontar as necessidades e o perfil jurídico das formas, e concomitantemente o conteúdo substancial necessário para preservação dos direitos fundamentais.

Entretanto, as investigações criminais realizadas especialmente pelas polícias, procuram amoldar-se ao art. 144, §7º da Constituição Federal, neste o Constituinte impõe a criação de legislação para organização e funcionamento dos órgãos de segurança pública, e “garantir a eficiência de suas atividades”. Essa evocação a obtenção de resultados em matéria de segurança pública provoca um redimensionamento do papel da fase preliminar.

O estado penal-investigador busca, a priori, a partir desta legitimação constitucional realizar em maior número e mais acentuadamente intervenções estatais nas vidas das pessoas e das empresas, sob a premissa de reduzir os níveis de insegurança e tornar a produção de informações incriminados mais efetiva.

Há três processos a serem observados. O primeiro, diante das limitações das instituições policiais - as polícias judiciárias - em responder ao volume de crimes, condutas e problemas criminais devido à baixa capacidade institucional de resposta elucidativa e ao anacronismo das formas do inquérito policial. Ou seja, a baixa resolutividade abre espaços de poder, e legitima o discurso de outros órgãos policiais e de

fiscalização, e possibilita a entrada deles efetivamente no campo das investigações criminais.

Desse modo, as polícias judiciárias tornam-se mais instâncias burocráticas e cartorárias ¹. Realizam a intermediação entre os fatos, através de relatórios e procedimentos (inquéritos policiares e termos circunstanciados), e o sistema de justiça criminal. As polícias militares e a Polícia Rodoviária Federal através do seu trabalho ostensivo realizam a maior parte das prisões e apreensões, e por consequência provocam o início da maior parte dos processos penais.

Um segundo processo simultâneo, é a escalada destas duas instituições – PM e PRF – para atividades tipicamente investigativas, isto por dois motivos, aprimorar o trabalho ostensivo e também construir uma base de informações criminais robusta. Esse segundo motivo, implica na obtenção de informações de forma livre, sem procedimentos pré-definidos e mecanismos legais de regulamentação dessa atividade. Mas esta atividade é endossada pelo Poder Executivo ao justificá-la como avanço no combate a criminalidade, e um dos poucos parâmetros de eficiência é a quantidade de prisões realizadas, armas e produtos ilícitos apreendidos.

O terceiro processo é a o alargamento das ações das instituições fiscalizadoras não-policiais, notadamente o Ministério Público, a profissionalização da atividade de investigação criminal ocorre justificando-se na ausência de eficiência das polícias judiciárias, e, sobretudo a partir da busca por legitimidade, e de forma subliminar acessar um nicho de informações criminais sensíveis que não usufruíam anteriormente.

Esses processos jurídico-institucionais são balizados legalmente a partir de normas de baixa força jurídica, e ausentes de legitimidade, pois não passaram pelo crivo legislativo. Isto é, portarias, resoluções, instruções normativas no âmbito do Poder Executivo e do Ministério Público criam procedimentos e novas formas de investigação. Essas intervenções estatais na vida das pessoas se dão sem previsão legal e parâmetros constitucionais claros.

Uma leitura constitucional desses processos, a partir do garantismo penal, na dogmática penal só é possível para ampliar os direitos fundamentais, jamais suprimi-los, ou seja, a garantia dos direitos fundamentais não pode ser sacrificada em nome do bem comum (MENDES, 2010, p.63). Portanto, as escolhas estatais quanto a pulverização dos

¹ O Escrivão de Polícia tem papel fundamental nesse processo, os Delegados e os Investigadores, tornam-se partes expletivas nesta conjuntura.

órgãos investigativos e profissionalização deste para necessariamente pela necessidade de adequação constitucional.

3. Multiplicidade de agências estatais de investigação criminal

O processo de fragmentação da investigação criminal, agora sob a coordenação de diversas instituições está ligado às transformações do estado contemporâneo. A visão gerencial sobre os serviços públicos influenciado pelo neoliberalismo implica na otimização dos papéis e atribuições das instituições.

A Constituição Federal incumbiu a Polícia Judiciária - Polícias Civis e Polícia Federal - no âmbito do art.144 a função de construir a investigação criminal preliminar, ou seja, realizar através de atos procedimentais específicos a coleta de indícios e provas acerca dos fatos delituosos ocorridos, nesta fase é construído o Inquérito Policial.

Nesta etapa pré-processual busca-se evitar a submissão dos indivíduos a posteriores processos penais natimortos, sem viabilidade jurídica ou suporte probatório mínimo, pois se trata de violação ao processo penal constitucional a imposição de "penas processuais" (LOPES JR, 2013, p.189). Isto é, configura-se uma apropriação estatal do tempo que submete ao particular a uma indevida espera entre os "muros procedimentais da instrução penal" (MESSUTI, 2003, p.89).

Todavia, atualmente há uma multiplicidade de instituições estatais que realizam atividades de natureza investigativa sem previsão infraconstitucional específica ou suporte procedimental mínimo. Isto é, de forma atípica em relação as suas atribuições. Pois, além das Polícias Judiciárias, as Polícias Militares através dos seus Serviços de Inteligência (P-2, Serviço Reservado ou Segunda Seção), a Polícia Rodoviária Federal e o Ministério Público tornaram-se investigadores criminais².

Constata-se também que este fenômeno é um dos efeitos colaterais da crise do Inquérito Policial e do próprio modelo de Polícia Judiciária - várias disputas internas entre delegados e demais carreiras policiais investigativas, uma dissociação entre a atividade de polícia científica das equipes de investigação de campo - relacionado a isto está um

² O IBAMA, a Receita Federal, as Secretarias das Receitas Estaduais, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados e municípios, a Controladorias Gerais da União, as Guardas Municipais, na prática, também realizam atividades investigativas com repercussões criminais, inclusive a criação de grupos de inteligência e utilização de técnicas e tecnologias nestes órgãos possibilitaram a profissionalização das investigações.

utilitarismo judicial/punitivismo que busca o combate da criminalidade a qualquer custo (LOPES JR, 2013, p.272).

A dimensão da crise deste modelo procedimental está presente nos números apresentados pelo Relatório "Ministério Público - Um Retrato (2013)" (CNMP, 2013, p.53-63) que expõe problemas na atuação funcional dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais, mas fornece também dados relevantes sobre Inquéritos Policiais, nos quais constata a seguinte situação: no ano de 2012 foram recebidos 5,3 milhões de inquéritos pelas Promotorias e Procuradorias, destes 3,8 milhões sem conclusão, um percentual de 72%.

Diante disto, percebe-se que a capacidade investigativa do Estado está perto do limite de esgotamento ou senão está esgotada. Entretanto, o procedimento inquisitório apesar desta problemática tem moldes formais definidos que garantem ao indivíduo uma mínima segurança jurídica. Apesar da carência de mudanças e uma reinvenção dado o seu colapso, todavia quando aos aspectos procedimentais possui marcos normativos infraconstitucionais bem definidos no Código Processo Penal.

Nesse contexto, de multiplicidade investigativa, as Polícias Militares, além da atuação ostensiva também aumentaram e sistematizaram suas equipes de investigação através dos seus Serviços de Inteligência (P-2), e extrapolaram as atividades investigativas que deveriam se restringir aos crimes militares cometidos pelos policiais de suas respectivas corporações. Em alguns estados realizam representações de Busca e Apreensão, Prisão Cautelares, e ainda executam interceptações telefônicas geralmente em parceria com o Ministério Público³.

Por conseguinte, a Polícia Rodoviária Federal incumbida do patrulhamento ostensivo das rodovias federais e no seu âmbito territorial de atuação investigar os crimes de trânsito. Inclusive, o Decreto nº 1.655/1995 regulamentou tais atribuições. Todavia, a PRF tem realizado tais atividades, inclusive fazendo às vezes de Polícia Judiciária quando faz representações de Mandados de Busca e Apreensão e Mandados de Prisão. Um trabalho atípico diante das atribuições constitucionais e infraconstitucionais que lhe foram conferidas.

O Ministério Público tomou uma posição bastante proativa na última década em relação à fase pré-processual penal. Ou seja, antes habituado a receber um relatório de

³ "Grampo de presídio é feito por Polícia Militar e MP". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/grampo-presidio-sp-feito-policia-militar-ministerio-publico>>. Acesso em: 15. agosto.2013.

investigações policiais, e a partir disto dar início a construção da peça acusatória inicial passou a interessar-se em dominar a linguagem investigativa e os meandros operacionais e técnicos dessa atividade.

Nesse sentido, busca controlar as informações acerca do fenômeno criminoso, antes adstritas as instâncias policiais e apesar da legitimidade constitucional dessa atuação, esta por sua vez deve ser subsidiária e tópica, sob pena do esvaziamento das funções da Polícia Judiciária. Ademais, quem deveria pautar as prioridades e a atuação das polícias investigativas é o Ministério Público a fim de reduzir a influência das redes de corrupção e da burocracia estatal (ZAFFARONI, 2007, p.130-139).

Ademais, um Relatório do Conselho Nacional Ministério Público⁴ em resposta a um pedido de providências do Conselho Federal da OAB, o requerimento exigia uma “auditoria e inspeção nos sistemas de escuta e monitoramento de interceptações telefônicas utilizados pelas unidades do ministério público brasileiro”.

Neste documento, constatou-se a numerosa utilização de policiais civis e militares operando tais sistemas (Guardião, Sombra ou Wytron) no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais (DFT, MPO, MP/RN, MP/BA, MP/CE, MP/MS, MP/PA, MP/TO, MP/AP, MP/SC, MP/MA, MP/MT, MP/CE, MP/AL, MP/MS, MP/MG, MP/RO e MP/PB).

Essa hibridez na realização das investigações criminais provoca a necessidade de compreensão desse fenômeno jurídico no âmbito processual penal, a fim de discutir os reflexos disto na proteção dos direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Todavia, a problemática não reside apenas na multiplicidade de instituições realizando procedimentos e atos próprios da fase pré-processual penal. Evidente que esta "sobreposição de tarefas causa um dispêndio elevado de recursos públicos, além de gerar atritos entre os agentes públicos ciumentos de suas prerrogativas” (GARCÍA-PELAYO, 2007, p.157).

Nesse contexto, há um problema grave de natureza processual penal constitucional: a ausência de marcos legais procedimentais para estas múltiplas formas pré-processuais penais. Partindo da primeira premissa que o Princípio do Devido Processo Legal não se restringe apenas a fase instrutória/processual sob pena de vilipêndio as garantias constitucionais básicas, já que naquela fase poderão haver várias medidas

⁴ CNMP, processo n° 0.00.000.001328/2012-95, relator: Conselheiro Fabiano Silveira.

cautelares afetas a cláusula de reserva de jurisdição, desde uma interceptação telefônica até a prisão cautelar do indivíduo.

Uma segunda premissa: no processo penal, forma é garantia. Pois "quando há um modelo ou forma prevista em lei, e que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil" (BADARÓ, 2007, p.189). Entretanto, além do desrespeito as formas existentes, inexistem modelos normativos procedimentais de investigação quanto à atuação do Ministério Público, das Polícias Militares e da Polícia Rodoviária Federal.

É bem verdade que atos procedimentais realizados na fase preliminar não são atos de provas, mas, sim, meramente atos de investigação, inclusive servem apenas para formar um juízo de probabilidade e não a convicção do juiz para o julgamento, servem para formar a *opinio delicti* do acusador. Todavia, dada a importância da forma como garantia, inclusive na fase preliminar, dá-se a necessidade de sistematização legal de um devido pré-processo legal sob moldes constitucionais.

3. Os problemas da leitura pragmática do Supremo Tribunal Federal

A partir das leituras dos votos da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 593.727, isto é, ao permitir a investigação criminal do Ministério Público, parte do premissa que esta deve ser realizada maneira extraordinária, e em casos pontuais. Elencou de maneira geral os casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal.

Este leque amplo de investigações confere um papel ao Ministério Público de efetivo promotor-investigador, seria possível inclusive afirmar que há um processo de migração entre modelos pré-processuais penais, de um modelo puramente policial, para um modelo híbrido. No qual a atividade investigativa ministerial torna-se tão importante quanto as demais funções constitucionais Promotores de Justiça e Procuradores da República.

Há um espaço jurisprudencial de nove anos entre a Resolução nº 13 do CNMP – disciplina o procedimento investigatório criminal – e a decisão final do STF, neste período

o alargamento das atividades investigativas dada quantidade de investigações, operações em curso, estrutura montada através dos GAECO's nos Ministério Público Estaduais. No vácuo legislativo o Supremo funcionou tardiamente como legislador positivo.

Entretanto, a ausência de regulação infraconstitucional desta atípica atividade do Ministério Público provoca problemas ainda não supridos pela decisão. Os critérios de aferição de como se dá procrastinação indevida ou inércia dos órgãos policiais não ficaram devidamente esclarecidos.

Ou seja, o mero decurso alongado do tempo, vários anos, por si só não pode deslegitimar a atuação da polícia judiciária, há uma correlação de fatores extrínsecos ao direito e inerentes a investigação criminal – esta entendida com técnica e processo artesanal e peculiar – que contribuem para seu insucesso.

Nos casos de investigações realizadas pelas polícias e pelo Ministério Público com os mesmos objetivos, como justificar essa sobreposição de tarefas no interior de Estado escasso de recursos? A investigação ministerial tornaria prejudicada ou sobrestada a investigação policial? Afinal, o argumento da simultaneidade devido a ausência de prejuízo depõe outro problema.

As escolhas são trágicas e a sociedade é criminógena, isto é, deveria haver uma pauta de prioridades construídas em conjunto entre Polícia Judiciária e Ministério Público das prioridades investigativas. A decisão do STF mostra que nunca foi construída esta colaboração institucional de maneira sistemática.

Outro vácuo na decisão do Supremo consiste na necessidade de fiscalização da legalidade dos atos investigatórios, de estabelecimento de exigências de caráter procedimental e de se respeitar direitos e garantias que assistiriam a qualquer pessoa sob investigação. E segundo o Supremo estes controles deveriam ser feito pelo Judiciário.

Todavia, o controle judicial dá-se de forma efetiva nos muros da instrução processual, a inexistência de controle externo da atividade investigativa do Ministério Público de maneira profissional e sistemática que não pode ser delegada ao Juiz, pois este não tem expertise em investigação criminal, e não pode ser envolvido de maneira direta sob pena de tornar-se juiz contaminado e violar o sistema acusatório.

A leitura do Supremo Tribunal Federal foi de natureza consequencialista, pragmática, pois a decisão poderia anular uma quantidade enorme de processos penais gerando a partir de provas colhidas em investigações desta natureza. Apesar da

possibilidade da modulação de efeitos da decisão, haveria um prejuízo daquelas que estão curso.

4. Por um devido (Pré) Processo Penal Legal

A Constituição, no art. 5º, LIV, estabeleceu que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Este princípio deve ter amplitude necessária para de fato efetivar a proteção constitucional à liberdade e a propriedade.

Isto é, segundo Silva (2010, p.15), "a necessidade de atenção às normas procedimentais conformadoras do devido processo legal, imprescindível para a concretização do direito penal material, extrapola a consideração de mero procedimento para despontar-se como verdadeiro direito fundamental da pessoa".

Propõe-se nessa perspectiva de construção de idéias, acerca da fase pré-processual, a necessidade de criação de núcleo procedimental mínimo baseado no Princípio do Devido Processo Legal, ainda que neste momento preliminar os atos realizados pelas instituições penais não serem submetidas ao contraditório e da ampla defesa.

Ora, se o devido processo legal tornou-se condição indispensável nas privações dos direitos de vida, liberdade e propriedade, aplicável em caso de privação, condicionando essas restrições (MARTEL, 2005, p.134). Onde houver ações constrictivas de direitos, então deverá estar presente este princípio. Então, por que não internalizar jurídico formalmente e materialmente a perspectiva de um PRÉ-processo penal legal?

Pois, se na fase investigativa o cidadão está sujeito a violações estatais: prisões cautelares indevidas; interceptações telefônicas durante extensos e desarrazoados períodos; negativa de acesso dos defensores ao material indiciário ou probatório construído; atos procedimentais arbitrários; rompimento do sigilo externo das investigações e exposição midiática. Ademais, a problemática se torna mais profunda, quando estas situações são provocadas no âmbito da "babel investigativa" das instituições de investigação criminal elencadas.

Interessante observar, o vácuo normativo provoca a falta de um devido processo penal formal, posteriormente, ainda há o hiato entre a normatividade e a efetividade para que efetivamente se desenvolva um devido pré-processo penal com cariz

constitucional. Afinal, segundo Ferrajoli (1998, p.03), pouco importa se uma Constituição está repleta de garantias e há uma vasta legislação processual penal se ambas não são capazes de proporcionar proteção aos indivíduos, pois o que realmente importa é o "grau de efetividade de todo "edifício teórico" que representa o processo penal".

Portanto, com uma multiplicidade de instituições investigando crimes, pleiteando medidas cautelares, atingindo rotineiramente aquele núcleo básico de direito e garantias individuais trata-se de indispensável medida de racionalização jurídica: limitar procedimentos formais preliminares arbitrários, especificar quais crimes e situações estas instituições poderão atuar - as Polícias Militares, a Polícia Rodoviária Federal atuarão sempre forma subsidiária ou então se deve reconstruir outro modelo institucional de Polícia Judiciária - dar coerência infraconstitucional as atribuições dispostas no Sistema Constitucional de Segurança Pública (art.144 da CF).

E outra, trata-se da existência de algumas Resoluções e Decretos regulamentando as atribuições investigações da PRF, das Polícias Militares e do Ministério Público, todavia são esvaziados de força normativa, pois não passaram pelo crivo do debate legislativo e por este motivo não possuem legitimidade democrática para possibilitar atingir o núcleo de liberdades individuais dos cidadãos.

Portanto, o Decreto 1.655/1995 não possibilita o amplo leque de investigações no qual tem atuado PRF. A Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público que criou o Procedimento Investigatório Criminal (PIC) também não pode balizar estes atos procedimentais, pois não passou pela validação legislativa. No âmbito das Polícias Militares, o CPPM prevê procedimentos investigativos apenas para a apuração de crimes militares, todavia o Serviço de Inteligência das Polícias Militares tem voltado suas atividades de repressão aos crimes comuns.

Portanto, a solução jurídica para esta problemática é de natureza infraconstitucional, a imediata normatização legal através de regular processo e debate legislativo sobre quais seriam os atos e formas para procedimentalização das investigações conduzidas pela Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Ministério Público. Ora é inconcebível apenas a existência de resoluções e decretos formulados no âmbito das próprias instituições interessadas, estas frágeis construções normativas obedecem às lógicas corporativistas e não tem amparo constitucional.

Afinal, saber como serão os atos de investigação, quais seus limites e sobre quais condutas e ocasiões estas instituições deverão agir, tem mais importância para um pré-processo penal constitucional do que propriamente dotar este ou aquele de exclusividade para desempenhar as funções de investigador (LOPES JR, 2013, p.189-190). Portanto, a discussão sobre quem investigará é secundária diante da pergunta de como serão feitas as investigações?

O pré-processo penal legal deve ser formalizado e efetivado para contenção da "babel investigativa", trata-se de esforço legislativo relevante para contenção de excessos estatais e racionalização jurídica, inclusive dotar de um caráter sistêmico (CANARIS, 1996, p.19-50) a legislação infraconstitucional, ao se fazer isso, há caráter duplice: regulamentar o art.144, §7º da Constituição Federal⁵ dotar de ferramentas práticas o Sistema Constitucional de Segurança Pública e ao mesmo tempo preservar os direitos e garantias dos indivíduos na medida em que as formas e procedimentos pré-processuais (núcleo mínimo) estejam expressamente previsto em lei.

4. Considerações Finais

A necessidade de construir controles formais e substanciais ao Estado-Investigador através do sistema jurídico, além de continuamente observar e refletir sobre a eficácia desses mecanismos. A eficiência e a profissionalização das instituições policiais e dos órgãos fiscalizadores precisam encontrar na fase procedimentais norteamentos. Afinal, a busca da eficiência em segurança pública e política criminal historicamente provocou a ruptura de limites éticos e jurídicos.

Uma preocupação a ser considerada reside em como realizar investigações criminais sem inviabilizar o direito de defesa dos investigados, e algumas medidas poderiam ser sugeridas de forma a romper com a "babel investigativa criminal".

A regulamentação legal das atividades investigatórias do Ministério Público através de lei que estabeleça em quais situações, quais crimes e de que maneira serão conduzidas as investigações e como a defesa poderá ter acesso ao material investigativo

⁵ "A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades."

produzido. Pois, se competência de investigação é seletiva, sobre quais premissas legais de política criminal o Ministério Público poder executá-la.

No modelo de tripartição do poder do Estado, e a existência do Ministério Público, a interferência desmedida deste na atividade policial investigativa é tão danosa quanto à ausência escolhas político-criminais claras do MP. A investigação de competência ministerial deve ser em regra supletiva e subsidiária, e em situações sensíveis.

Outra medida é possibilitar que as Polícias Militares e Polícias Rodoviárias Federais quanto aos crimes de menor potencial ofensivo possam realizar a atividade cartorária como forma de romper o monopólio e simultaneamente desafogar as polícias judiciárias, principalmente as Polícias Civis. E assim possibilita que esta se dediquem aos crimes de maior gravidade.

No âmbito do controle da atividade policial, é necessário efetivar a restrição para que o Serviço Reservado/ Segunda Seção/PM-2 restrinjam-se de fato a investigação de crimes militares. Afinal, a atividade de inteligência investigativa apenas pode ser realizada tendo como objeto as condutas de cidadão a partir de investigações formais civis, e não militares. Atividade de inteligência militar é insuscetível de acesso por parte da defesa, trata-se de material sigiloso, atinente as atividades estratégicas de Estado.

Afinal, um contingente de centenas de milhares policiais militares no país é uma área fértil ao desenvolvimento de investigações militares a fim de tornar as tais instituições mais fortes. As atividades da PM-2 sob a visão processual penal constitucional é concebível quando realizada de maneira estratégica, geral, a fim de facilitar a atuação das suas ações ostensivas, ou seja, jamais conduzidas investigações individualizadas. Pois estas seriam insuscetíveis de controle ministerial e judicial, pois sua formalização dá-se através documentos de inteligência, e não sob um pré-processual legal com formas e limites previamente definidos.

Outra medida útil a contenção dos delírios do Estado-investigador é um marco regulatório das atividades investigativas de natureza criminal oriundo de órgão de fiscalização e controle – IBAMA, Receita Federal, CGU, Receitas Estaduais, Tribunais de Contas – a fim de definir quais as implicações jurídicas das provas colhidas por estes órgãos, em que situação seria necessária a ciência formal dos investigados, como a defesa

pode acessar os dados desta investigação, em quais situações é necessário a intervenção e auxílio das polícias judiciárias.

Delegar essa regulação a atividade jurisprudencial dos Tribunais Superiores está suscetível de casuismo devido às pressões de casos de repercussão. Os precedentes judiciais formados a partir de decisões circunstanciais. Ademais, em outra perspectiva, também é contraproducente as várias instituições que possuem numerosas investigações criminais em curso.

Portanto, o desafio no campo processual penal quanto ao desenvolvimento eficiente do Estado penal-investigador é criar mecanismos legais e institucionais de controle. Esses instrumentos em tempos de “processo penal espetáculo” são democráticos, todavia contra-majoritários, pois se chocam com as reivindicações sociais de segurança pública, mas majoritariamente também de vingança, sangue e punição.

5. Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 2. Ed. 1996.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório Nacional da Execução da Meta 2 : um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília : Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. 84 p. il.

FERRAJOLI, Luigi. “Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal“. In Revista Jueces para la democracia, nº 4, 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. As Transformações do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10. Ed. São Paulo, 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MESSUTI, Ana. O Tempo como Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCARANCE, Antonio Fernandes. “Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no Processo Penal” in Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo. SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Edimar Carmo. Perfil Material do Princípio Acusatório e Ministério Público: Implicações Jurídico-Processuais. Dissertação de Mestrado(Ciências Criminais). PUC-RS, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. In Revista Brasileira de Segurança Pública, nº 1, 2007.