

**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).

INQUÉRITO POLICIAL: A CRISE DE IDENTIDADE DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL FRENTE ÀS EXIGÊNCIAS DEMOCRÁTICAS

POLICE INVESTIGATION: THE IDENTITY CRISIS OF THE POLICE INVESTIGATION IN THE FACE OF DEMOCRATIC DEMANDS.

Waldir Miguel dos Santos Júnior

Resumo

Este trabalho pretende identificar a importância da investigação policial para o Estado Democrático de Direito, partindo de uma revisão das origens do Inquérito Policial o trabalho buscará demonstrar que a investigação pode e deve se desvencilhar da lógica inquisitória consagrada no processo penal brasileiro por influência do Direito europeu. A partir daí, o trabalho tentará demonstrar as exigências do Estado Democrático de Direito à investigação. Para tanto, será analisado o sistema acusatório, como compatível com as exigências democráticas. Enfatizando a investigação enquanto garantia de direitos fundamentais o trabalho procurará demonstrar sua incompatibilidade 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/ou Policial, portanto, contrários aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Inquérito policial, Crise, Exigências democráticas

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to identify the importance of police investigation to the democratic rule of law, from revisiting the origins of the police investigation work will seek to demonstrate that research can and should extricate the inquisitorial logic enshrined in the Brazilian criminal proceedings under the influence of European law . From there, the work tries to demonstrate the requirements of democratic rule of law research. Therefore, the adversarial system will be analyzed, to comply with the democratic demands. Is emphasizing as fundamental rights guarantee the work will seek to demonstrate the incompatibility of research based exclusively on the inquisitorial tradition and the building of a democratic criminal proceedings, since such a perspective was the result of a whole inquisitive heritage and Brazil is marked by characteristic of paradigm of the welfare state and / or Police therefore contrary to the tenets of democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police inquiry, Crisis, Democratic demands

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho preocupa-se com o Inquérito Policial, enquanto instrumento legítimo e útil ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Inquérito Policial brasileiro passa por uma verdadeira crise de identidade, uma vez que com a expansão punitivista, sobretudo com os recentes casos de corrupção, o Brasil vem cada vez mais flertando com o Estado Policial e negligenciando com os direitos e garantias individuais emergidas a partir de 1988.

Tal cenário reclama dos filiados à democracia uma resposta à altura. Nesse aspecto a pertinência temática do presente trabalho, uma vez que vem se debruçar sobre o porquê da necessidade da investigação Policial, definido no Brasil com a terminologia de Inquérito Policial.

Nesse sentido, o presente trabalho vem à tona para analisar as origens, os problemas, as vantagens e, principalmente, qual a finalidade do Inquérito Policial na construção de um processo penal com viés democrático.

Iniciando por uma revisitação das origens e natureza jurídica do Inquérito Policial, o trabalho procurará indicar que o Inquérito Policial também deve ser desvencilhar da lógica inquisitória, muito mais que definir como processo ou procedimento, o Inquérito tem sim, obrigatoriamente que ser lugar de direitos e garantias fundamentais.

Passando pelas características do chamado procedimento inquisitório, o trabalho seguirá seu curso, indicando as incompatibilidades entre sistema inquisitório e democracia.

Caminhando para o final o trabalho percorrerá sobre a finalidade precípua do Inquérito Policial adequado ao sistema acusatório, e indicará os limites que ele deve ter quando subordinado ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por fim, têm as considerações finais do presente trabalho.

2 NATUREZA JURÍDICA E ORIGENS DO INQUÉRITO POLICIAL

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).

A investigação realizada pela Polícia no Brasil é decorrência do próprio processo

de centralização política¹ os liberais queriam a descentralização, mas acabaram sufocados pelos conservadores que conseguiram implantar uma política centralizadora e autoritária.

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 o processo nas mãos das partes e o aumento vertiginoso da criminalidade, o Estado cada vez mais, assumiria 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 Penal² não foi diferente.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho destaca que procedimento inquisitório se vinculou a filosofia da consciência, tendo como referência o método cartesiano de busca da verdade. (COUTINHO, 2009, p.107).

Leonardo Augusto Marinho Marques explica:

Essa vertente filosófica sustenta que o mundo existe como realidade exterior e que sua estrutura pode ser integralmente compreendida pela razão. O pensamento vai captar a essência das coisas, devendo o sujeito de conhecimento manter-se neutro em reação ao fenômeno. Sua mente não interage, nem tampouco atribui sentido ao objeto, apenas o descreve com o máximo de fidelidade, expressando a verdade evidente.

Em suma, toda realidade pode ser apreendida pelo intelecto, bastando que o sujeito realize uma análise criteriosa do fenômeno, seguindo o método científico.

Nesse contexto, o solipsismo metodológico exsurge como autossuficiente na teoria do conhecimento. O saber é obtido isoladamente pelo sujeito

¹ 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 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.

² 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.

cognoscente, por meio de sua razão solitária e soberana, que se manifesta desconectada da linguagem, da história, da tradição, da experiência, da intersubjetividade, da intuição e do inconsciente. A razão pura se sobrepõe ao mundo, e ignora os modos diferentes de vida e o encobrimento do desejo.

Como unidade isolada, o indivíduo pode arbitrariamente representar o mundo. O conhecimento que ele adquire tem como única fonte de legitimidade o próprio horizonte, ou seja, aquele olhar peculiar que ele lança sobre os inúmeros fenômenos da vida.

A filosofia da consciência gera um ambiente antidemocrático, dominado por uma razão superior e excludente, que a um só tempo se funda e se legitima desconhecendo os pontos de vistas contrários. Conhecendo o substrato teórico, entende-se porque, no procedimento inquisitório, o foco da atividade jurisdicional desloca-se do julgamento para a investigação. Compreende-se, sobretudo, o protagonismo judicial. (MARQUES, 2011, p.481)

Uma das tarefas mais difíceis em direito processual penal é afirmar categoricamente a natureza jurídica do inquérito policial. Isso porque enquadrá-lo em um ramo exclusivo do direito é impossível, já que nele se pratica atos de várias naturezas, afirmar puramente que é processo, procedimento administrativo, judicial, ou até mesmo jurisdicional parece leviano e simplificar demais a complexidade dos atos que são praticados dentro de uma investigação.

Um bom caminho para começar analisar o instituto é seguir orientação de Aury Lopes Júnior, ou seja, levar em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes, bem como analisar sua função, estrutura e órgão encarregado. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.40-41)

No Brasil a investigação presidida pela polícia recebeu sim a chancela constitucional, portanto, o órgão encarregado é a Polícia Judiciária: em âmbito estadual, representada pela Polícia Civil e em âmbito federal pela Polícia Federal.³

No que tange a sua função também não existe grandes problemas, uma vez que bastam analisar os dois alvos básicos de uma investigação policial; prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Encontrado esse binômio todo material encontrado será elemento de convicção para que o titular constitucional da ação penal pública possa exercer seu direito de acusação. Já se adianta, desde já, que neste momento o juiz da instrução deve-se manter afastado ao máximo do material colhido.

No entanto, não se pode esquecer que nessa fase, é necessária a intervenção do juiz, mas aqui sua função é de garante, de garantir direitos fundamentais, uma vez que na investigação são realizadas várias medidas restritivas de direitos e até mesmo antecipação de meios de prova.

³ Ambas as Polícias serão dirigidas por Delegados de Polícia de carreira nos termos do artigo 144 incisos I e IV.

Por isto não é possível afirmar que o Inquérito é puramente um procedimento administrativo, nem tão pouco que tenha natureza pura de processo. Embora reconheçamos que a investigação se adaptar a democracia ela deve sim ter um quê de processualidade, já que ela pode definir ou não seu nascimento e, é justamente por isso que a investigação jamais pode antecipar culpa, isso é tarefa do processo como procedimento em contraditório.

Nesse sentido, 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)

Tratando de procedimento que antecede a fase formalmente processual pode-se afirmar que a investigação é uma fase preparatória do processo, uma colheita de elementos que possa subsidiar ao Ministério Público oferecer ou não a denúncia, além de nortear a produção da prova. No entanto, não se pode admitir que a investigação do marco democrático anule processualidade, nem mesmo nas provas cautelares, não repetidas e antecipadas, daí a dificuldade. Por essas razões é muito difícil apontar a natureza jurídica do inquérito policial, pois ele é um procedimento administrativo que vai 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 sequência de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas (FAZZALARI, 2006, p 113).

Já o processo, exige a qualidade do contraditório⁴, daquele cujo ato final é destinado, mais que isto, deve este ser necessariamente construído também por este sujeito que vai sofrer

⁴ Aroldo Plínio Gonçalves 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

as consequências do ato. Em sede de inquérito tarefa das mais difíceis, pois a resposta passa necessariamente por se responder 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 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.

Aury Lopes Júnior, diz que “atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isto não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui uma estrutura dialética do processo.” (LOPES JÚNIOR, 2006, p 155). Nos termos do atual Código de Processo Penal⁵, assiste razão o autor, pois é possível na sistemática atual que seja instaurado um inquérito policial sem uma efetiva participação do Indiciado ou até mesmo de uma juiz, já que somente após o relatório final os autos serão enviados ao juiz, e a única menção de participação do indiciado é possibilidade de requerer diligências, o que poderá ainda ser indeferido pela autoridade policial.

Acrescenta-se a favor de ser o inquérito policial procedimento administrativo pré – processual o fato de a Polícia Judiciária ser um órgão vinculado ao Poder executivo e que por isto desenvolve tarefas de natureza administrativa. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.41)

A investigação segue a mentalidade inquisitória de formação unilateral, urge analisar a opção do paradigma do Estado Democrático de Direito.

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. O grande entrave da mentalidade inquisitória consagrada na investigação é que ela é autoritária por natureza e desconhece a proposta democrática de poder compartilhado entre instituições e controlado pelos destinatários.

oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação. (GONÇALVES, 2012, p. 109).

⁵ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.(...)

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.(...)

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Sem sombra de dúvidas, para alocarmos a investigação no Estado Democrático de Direito urge estabelecer claramente quais os direitos do indiciado dentro Inquérito.

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 constitucional⁶ 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:

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).

A investigação no Estado Democrático de Direito é o momento de se tentar esclarecer e não obscurecer os fatos que serão objeto do processo.

Pois, a grande diferença de uma perspectiva do Estado Democrático de Direito a respeito da atuação estatal 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.262)

Nesse sentido, a partir do paradigma do Estado Democrático cabe à investigação abandonar como dado elemento a inquisitorialidade tentando 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 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL X EXIGÊNCIAS DEMOCRÁTICAS

O modelo 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

⁶ 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).

adequar a investigação policial ao paradigma democrático destacar se á três; prescindibilidade, sigilosidade, e o por fim a escrita.

O inquérito policial poderá ser dispensável⁷, mas ele assume fundamental importância no Estado de Direito, tanto na busca do fato oculto, como na salvaguarda da própria sociedade e de evitar acusações infundadas.

Sem embargo, a prescindibilidade do inquérito policial sem classificar os delitos em graves ou menos graves parece mais um equívoco do processo penal brasileiro, isto porque investigar a ocorrência de prova de existência do crime, mais indícios suficientes de autoria pode se tornar muito mais difícil de acordo com a complexidade do tipo penal.

O caráter facultativo do inquérito policial brasileiro deve ser sopesado de acordo com a gravidade do crime como já acontece com juizados especiais criminais, a lei 9.099/95 em que a possibilidade de se livrar da persecução penal, mediante transação ou suspensão do processo.

Nos delitos graves , em geral , o fato oculto é mais complexo , exigindo a prévia intervenção da autoridade estatal para apuração da autoria e da materialidade, através do procedimento preparatório formal. Desde o ponto de vista da futura acusação e também da defesa, a investigação preliminar é instrumento fundamental para evitar o risco de uma acusação infundada e um processo desnecessário. A estigmatização social termina por condenar o sujeito passivo somente pelo fato de haver sido acusado formalmente (queixa ou denúncia no sistema brasileiro), de modo que a função de filtro que desempenha a investigação preliminar adquire ainda maior importância nos delitos graves.(LOPES JÚNIOR, 2006, p.119)

Segundo o mesmo autor o sistema misto neste caso seria mais adequado, sendo a conjugação da obrigatoriedade nos delitos graves e a faculdade naqueles delitos de menor potencial ofensivo, algo que já existe no direito espanhol. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.119)

⁷ 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial:

[...]
[...]
[...]
[...]
[...]

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Outra característica 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. Numa mentalidade kafkaniana⁸ o segredo é uma das principais armas da Inquisição. “Para começar, os prisioneiros da Inquisição não eram informados sobre as denúncias contra eles ,nem sobre quem os delatava. Em vez disso, em sua primeira audiência eram indagados sobre seus pais e avós e, em seguida se tinham inimigos que podiam tê-los denunciado por maldade.”(GREEN,2011 p. 104)

É claro que o sigilo muitas vezes pode ser uma poderosa arma na defesa de direitos fundamentais, na investigação policial, que ainda está à procura de crime , do autor ou dos dois, o sigilo muitas vezes é imprescindível na preservação da própria dignidade do suspeito, investigado, ou seja qual for a condição do sujeito passivo na investigação.

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 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).

Na opção de processo penal democrático deve-se ser mantido o segredo externo, já que no tange ao segredo interno algumas cautelas devem ser tomadas, uma vez que ele remonta ao procedimento inquisitório que não parece à opção constitucional de 1988.

⁸Franz Kafka, escreve O Processo romance em que se suscita justamente esta mentalidade sigilosa e burocrática da Justiça.

Se se aceitar o segredo interno, teria de aceitar também que o investigado é um mero objeto da investigação, não tendo ele sujeito direitos, mas se se quer adequar-se ao paradigma democrático, deve-se transitar pelo devido processo legal⁹ já que é através do debate e da confrontação é que se minimiza os erros. “O segredo interno é sempre perigoso, e por seu caráter unilateral, cria uma campo fértil para fazer brotar a incerteza e a injustiça” (LOPES JÚNIOR, 2006 p.134).

Acrescenta-se que além do investigado, segundo exigência constitucional¹⁰ democrática, seu defensor é elemento fundamental na investigação como meio de tentar atingir justiça.

Assim, para o defensor, seja advogado particular, seja defensor público não há que ser falar em segredo. Regulamentando o texto constitucional a lei 8.906/94 no seu artigo 7º enumera uma série de garantias que asseguram ao advogado como agente imprescindível na construção sempre infinita do Estado Democrático de Direito.

A escrita, última característica aqui analisada guarda íntima relação com o sigilo, também aqui não é possível afirmar que todos os atos do inquérito seja eminentemente escrito, mas possível é que tudo será documentado, ainda que haja atos orais, estes deverão ser necessariamente colocados no papel.

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 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.482)

Geraldo Prado 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)

⁹ O devido processo constitucional é metodologia normativa que, informa e orienta o processo [...] (BRETAS, 2012.p.35)

¹⁰ Art.133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Devido à finalidade da investigação que é colher elementos mínimos para o titular do direito à acusação propor ação penal, não se pode pretender que na investigação sejam realizadas verdadeiras audiências e debates sobre fatos controvertidos como ocorre no processo, mas também não se pode negar ao investigado como futuro sujeito processual o direito de expor seus argumentos juntamente com seu advogado.

Também não se pode deixar de considerar que oferecida a denúncia, nos moldes atuais os autos do inquérito acompanhará inexplicavelmente a inicial acusatória¹¹, o que induz o juiz decidir com base em atas produzidas unilateralmente pelo Delegado de Polícia. A escrita dificulta a publicidade ainda que não implique necessariamente em segredo é contrária à imediação, de modo que outro poderá decidir com base na prova reproduzida por escrito. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 126)

4 O INQUÉRITO POLICIAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO E OS LIMITES IMPOSTOS PELA DEMOCRACIA

Falar em Inquérito Policial em crise pode parecer simplista demais, quando o processo penal brasileiro passa por uma verdadeira fissura democrática.

Ora, delações premiadas vêm sendo homologadas ao arrepio de princípios constitucionais, prisões provisórias vêm sendo cada vez mais regra do que exceção.

Este trabalho não ignora que o processo penal democrático passa por uma crise, todavia, insiste em focalizar o Inquérito Policial, por entender que só se mudará o processo penal se começarmos pela investigação.

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

¹¹ Nesse sentido a importância da exclusão física dos autos do inquérito dos autos do processo como exigência do sistema acusatório.

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 uníssona¹², desta feita, necessário é compreender o princípio acusatório como norte no processo penal democrático.

¹² 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 desprezar 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 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).

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 a investigação não tem compromisso com condenação nem com a absolvição, apenas com a colheita de esclarecimento dos fatos tidos como supostamente criminosos.

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.

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

A acusatoriedade somente vai superar a inquisitoriedade se reconhecermos 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.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito o Inquérito Policial tal qual foi estruturado não se sustenta. 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 como ponto de partida do processo penal constitucional acusatório.

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/ou Policial, 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 inquisitoriedade 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 infundadas 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.

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.

Assim, para estabelecermos uma identidade constitucional do Inquérito Policial harmoniosa ao processo penal democrático é necessário optarmos de uma vez por todas pelo sistema acusatório, como norte adotado desde a investigação.

6 REFERENCIAS

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

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

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 jun. 2015.

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 jun. 2015.

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

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

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.

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

- 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.
- KAFKA, Franz. **O processo: organização**. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: LEPM, 2012.
- LOPES JÚNIOR, **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 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. O princípio da oralidade e a desvalorização da informação relevante no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 10, nº 46, 2012.
- MARTINS, Rui da Cunha. **O ponto cego do direito**. São Paulo: Atlas, 2013.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das leis Processuais**. 4. ed. 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.
- 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.