I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre "a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual", investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado " a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização", das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estadudinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no pais.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgaste histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado "as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual", do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os "aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos", dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado "capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público", de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei n° 8.072 /90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n° 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado "do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o "estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado "evolução histórica da pena e a ressocialização", dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial’, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrota, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA INADEQUAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE UM MODELO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

OF THE INADEQUACY OF THE POLICE INQUIRY INTO A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE NEED FOR A PRELIMINARY INVESTIGATION MODEL COMPATIBLE WITH THE DEMOCRATIC RULE OF LAW.

Irineu José Coelho Filho [1]

Resumo

Este artigo sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941; propõe uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado; a metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

Palavras-chave: Investigação preliminar, Estado democrático de direito, Direitos e garantias fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article suggests a reinterpretation of the preliminary investigation into Brazil, focusing on the need for its improvement, imposing the construction of a democratic mentality and breaking once and for all with the inquisitorial bias of the Criminal Procedure Code of 1941; proposes a paradigm shift, abandoning the old rancidity of the outdated police investigation and focusing on an investigation as an instrument of respect for the fundamental rights and guarantees of the investigated; the methodology used was the theoretical-bibliographic review, document analysis and deductive method, with the technical procedure consisting of interpretative, comparative, theoretical and historical analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Preliminary investigation, Democratic state, Fundamental rights and guarantees

[1] Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialização em Direito Processual pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas.

INTRODUÇÃO

Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a chamada "Operação Lava Jato"[1] é apontada como a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Segundo o Ministério Público Federal, a famosa e internacionalmente conhecida investigação já apresentou resultados muito significativos, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, com a recuperação de altos valores para os cofres públicos.

Inegável a importância dessa e de outras vultosas investigações voltadas ao esclarecimento de crimes de corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, dentre outras infrações penais que solapam as bases da sociedade.

É bem conhecido o estado de abandono em que se encontram escolas e hospitais públicos, assim como as dificuldades de todas as espécies enfrentadas pelos órgãos encarregados da segurança pública. A falta de recursos financeiros está em primeiro lugar como fator dificultador para a consecução de seus objetivos, sendo inegável que o desvio de recursos públicos por organizações criminosas em muito contribui para essa situação deplorável.

A Constituição de 1988 estabelece que é dever do Estado prevenir e reprimir todo e qualquer crime, exigindo-se maior rigor em face das infrações praticadas por organizações criminosas, cujas consequências, em geral, são mais danosas e atingem a sociedade de forma mais contundente. Contudo, a persecução criminal há que ser feita de forma compatível com o Estado Democrático de Direito, de forma a legitimar a atuação estatal.

Conforme se pode perceber, a mesma "operação" que é apontada como um divisor de águas entre a impunidade de determinados delitos, até então reinante, e uma nova era, é vista também como um cenário de desrespeito a direitos e garantias fundamentais como a presunção de inocência, o direito ao devido processo legal, direito de imagem, honra e privacidade de pessoas que muitas vezes são antecipadamente condenadas pela chamada "instância midiática".

A finalidade do Direito Penal é proteger bens jurídicos, definidos por Claus Roxin como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento

[1] O Ministério Público Federal disponibiliza informações sobre essa operação no endereço http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso

de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos". (2018, p. 18 e 19). Impossível imaginar a vida em grupo sem um instrumento de coação capaz de preservar e restabelecer a ordem e a paz. Daí a imprescindibilidade desse ramo do Direito que tutela a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dentre tantos outros bens jurídicos sem os quais não é possível se pensar a vida em grupo.

A presente pesquisa focará na investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária através do inquérito policial, a fim de se perquirir se essa atividade pode ser desenvolvida de forma eficiente, em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito, combatendo-se a impunidade sem descuidar do respeito aos direitos e garantias do investigado, compreendendo que "repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem". (LOPES JR. 2019, p. 88).

Objetiva-se compreender se o paradigma trazido pela Constituição de 1988 está norteando a atividade investigativa cujo regramento principal data de 1941 e que, apesar de sofrer reformas pontuais, mostra-se ainda como um Código de Processo Penal que não rompeu de vez com os resquícios do sistema inquisitório. Busca-se ainda a construção e oferecimento de uma proposta de evolução da investigação preliminar compatível com a Democracia Constitucional, procedendo a uma "revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial", (LEONEL, LIMA, 2019), indo muito além de simples mudança terminológica.

Enfrentar-se-á, especificamente, dois pontos cruciais: a observância do devido processo legal, argumentando-se sobre a necessidade/possibilidade do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual; e a necessidade de preservação da imagem da pessoa investigada e de seus familiares durante a investigação, em respeito à dignidade humana.

A importância do tema se justifica pela sua atualidade, pois, vive-se no Brasil um momento em que o clamor punitivista e o discurso do ódio ganharam força.

O presente trabalho desenvolver-se-á através de pesquisa bibliográfica e documental, e com procedimento metodológico dedutivo.

Inicialmente será abordado o inquérito policial com uma releitura de tal procedimento à luz da Constituição Federal, analisando-se as atribuições da Polícia Judiciária,a natureza jurídica e a finalidade do principal instrumento de investigação preliminar. Também serão tratados os sistemas processuais e a imposição constitucional e infraconstitucional do sistema acusatório.

Em seguida será desenvolvido um raciocínio sobre o modelo de investigação compatível com o Estado Democrático de Direito, focado na imprescindibilidade de uma investigação balizada pela Constituição Federal e que seja instrumento de respeito aos direitos e garantias do investigado, o qual deve ser tratado como sujeito de direitos, rompendo-se de vez com o sistema inquisitorial e, ainda, concluindo-se pela possibilidade da persecução criminal e o combate à impunidade em consonância com o paradigma democrático.

Por fim, sobre os procedimentos técnicos, foram feitas análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica da investigação preliminar, visando à compreensão dos seus princípios, virtudes e deficiências, a fim de se vislumbrar um novo modelo, compreendendo-se a simultaneidade da repressão estatal e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

1 O INQUÉRITO POLICIAL E SUA RELEITURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Falar em sociedade é compreender que o homem não vive só e não há sociedade sem a existência de conflitos de toda espécie. Em havendo seres humanos em grupo e seus conflitos, surge então a figura do Estado como guardião dos direitos e interesses dos indivíduos, com o seu implacável poder punitivo e também com sua inafastável autolimitação.

Para a proteção dos bens jurídicos, o Estado lança mão do Direito Penal como instrumento formal de controle justamente quando não há outra forma de se manter a ordem e a paz. Sendo, portanto, os demais ramos do Direito incapazes de proteger esses bens e valores, surge o Direito Penal, e é justamente no âmbito do sistema penal que o poder estatal se mostra mais truculento e radical, podendo chegar a privar o cidadão de sua liberdade ao exercer *o jus puniendi.*

Fernando da Costa Tourinho Filho, assim preleciona:

> Dos bens e interesses tutelados pelo Estado (por meio de normas), uns existem cuja violação afeta sobremodo as condições de vida em sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é o que se chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social (2013, p. 27)

O crime se observa em todas as sociedades, sem exceção. Onde houver a vida em grupo estará presente a criminalidade. (DURKHEIM, 2007, p. 66). O Estado, então, tendo suprimido a autodefesa, chamou para si o poder-dever de distribuir justiça, nascendo para o

cidadão o direito de invocar a atividade jurisdicional estatal a fim de dirimir seus conflitos, o que, na esfera criminal dá-se através do direito de ação penal.

Ocorrendo o crime, o Estado desenvolve uma atividade para processar e julgar o infrator, promovendo e realizando a atuação do Direito Penal objetivo. Em regra, através de um órgão oficial que é o Ministério Público, conforme o artigo 129 inciso I da Constituição Federal de 1988, inicia-se a *persecutio criminis in judicio*, uma vez que, sem o processo, assegurados todos os direitos e garantias constitucionais, não é possível, em um Estado de Direito aplicar-se a lei a um caso concreto, ou seja, não é possível aplicar-se a pena.

O direito de ação encontra seu fundamento na Constituição Federal de 1988 que assevera em seu artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988)

Na legislação ordinária a ação penal é tratada tanto no Código Penal (artigos 100 a 106), quanto no Código de Processo Penal (artigos 24 a 62). Embora disciplinada na lei processual penal, inegável o seu caráter penal por estar intimamente ligada ao direito de punir do Estado.

A nossa Carta Magna erigiu à categoria de dogma constitucional o princípio do devido processo legal, *due processo of Law*, ao dizer em seu artigo 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

Conforme ensina José Emílio Medauar Ommati, "o devido processo legal deve ser compreendido como uma decorrência lógico-jurídica dos princípios institucionais do processo, quais sejam, isonomia, ampla defesa e contraditório", (2019, p. 165) que deve ser adaptado a fim de alcançar a fase pré-processual, ou seja, a investigação preliminar.

Entretanto, é necessário minucioso trabalho preliminar de investigação, sendo ela o início da persecução penal. Surge, pois, um instrumento manejado, em regra pela Polícia Judiciária, que se destina a esclarecer fatos definidos como crimes, fornecendo subsídios para o prosseguimento da persecução criminal ou o seu arquivamento.

Apresenta, o inquérito policial, uma função preparatória, vez que se destina a fornecer elementos de informação que possibilitem ao titular da ação penal ingressar em juízo, assim como acautelar todos os meios de prova que estariam fadados ao perecimento em razão do decurso do tempo. Nesse sentido, "a instrumentalidade é a nota predominante da investigação preliminar". (LOPES JR, 2014, p. 96).

1.1 A Polícia Judiciária e suas atribuições constitucionais e legais

No Brasil, desde o século XIX o inquérito policial sobressai como o principal procedimento investigativo para a busca da verdade na investigação preliminar, consagrado pela Lei 2.033 de 1871 e pelo Decreto 4824 de 1871 sendo que este, em seu artigo 42, trazia o seu conceito de forma singela: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito".

Hoje o sistema de investigação preliminar vem estruturado na Constituição Brasileira, em seu art. 144, cujos parágrafos 1º e 4º definem as atribuições das polícias civis e federal.[2]

O regramento para o inquérito policial encontra-se no Livro I, Título II do Código de Processo Penal (Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**).**

A Lei Nº 12.830 de 20 de junho de 2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia estabelecendo que ele é o agente público ao qual 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.

O presente trabalho tem por objetivo desenvolver e propor uma mudança de paradigma em face da investigação realizada pela polícia judiciária no bojo do inquérito policial, na sistemática trazida pelo Código de Processo Penal, sem a pretensão de abranger todos os modelos de investigação preliminar, a exemplo daquela destinada a apurar os crimes militares; das comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias e das polêmicas atividades investigativas levadas a efeito pelo Ministério Público.

---

[2] 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:

§ 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;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

§ 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.

1.2 Inquérito Policial: conceito, natureza jurídica e finalidade

O Código de Processo Penal optou por manter o inquérito policial num momento em que o sistema de juiz de instrução era amplamente adotado na Europa, sobressaindo-se em países como Espanha, França, Itália e Alemanha (LOPES JR. 2019, P. 121).

O conceito deste principal instrumento investigativo a cargo da polícia judiciária pode ser obtido dos preceitos do Código de Processo Penal.

Na acepção de Guilherme de Souza Nucci, o Inquérito Policial:

> Trata-sede um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativos, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer após o cometimento de crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada. (NUCCI, 2017, p 55).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar assim conceituam:

> O Inquérito Policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado. (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 98/99).

Da forma como foi concebido pelo vetusto Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial trata-se, pois, de um procedimento de natureza administrativa, pré-processual. Da mesma lei processual extrai-se suas características como de procedimento escrito, sigiloso, oficial, indisponível, dispensável e inquisitório. É evidente que uma releitura da investigação preliminar à luz do Estado Democrático de Direito afasta o sentido das duas últimas características apontadas em face da dupla função dessa fase da persecução criminal: a preservadora e a preparatória. A Constituição Federal não dá lugar para uma investigação preliminar conforme traçada no mofado Código de 1941.

Não há a possibilidade de ser deflagrada uma persecução criminal em juízo sem a presença de elementos de informação que apontem quanto à autoria e materialidade da infração penal. Sem um lastro probatório mínimo a apontar a prática de uma infração penal e da probabilidade de ser o acusado o seu autor, faltará justa causa para o exercício da ação penal.

Daí extrai-se como finalidade do inquérito policial a colheita de elementos de informação que viabilizem ao titular da ação penal formar a sua convicção e oferecer a peça acusatória, assim como a possibilitar a decretação de medidas cautelares. Da mesma forma, e com robusta importância, é também finalidade deste procedimento evitar o processo temerário de pessoas inocentes, cujas consequências, neste caso, são bem semelhantes à própria pena.

Uma investigação preliminar de qualidade tem o condão de evitar a punição pelo próprio processo. Oportuno aqui o pensamento de Francesco Carnelutti ao discorrer sobre o sensacionalismo que não raras vezes circunda os processos judiciais:

> O comportamento do público, diante de um suposto drama penal e de seus protagonistas, é o mesmo da multidão, de outrora, que assistia aos combates dos gladiadores nas arenas, ou da que ainda hoje assiste, nos estádios, a uma corrida de touros, em alguns países do mundo. Desse modo, infelizmente, o Processo Penal não passa de uma escola de incivilidade para todos (2012, p. 11).

Não raramente o delegado de polícia, como principal agente público responsável pela investigação, tem sido apontado, juntamente como o inquérito policial, como responsáveis pela calamitosa situação de violência e impunidade que assola o país. Levianamente e com pouco capricho doutrinário, o inquérito policial e o agente público que o preside são reiteradamente associados à idéia de ineficiência e imprestabilidade da investigação preliminar.

Necessário, antes de tudo, um olhar crítico sobre o inquérito policial e os responsáveis pela sua elaboração. Um olhar técnico, despido de preconceitos e corporativismo, com o objetivo de propor um aperfeiçoamento da investigação preliminar, construindo-se um novo paradigma investigatório no Estado Constitucional.

Interessante e oportuna a visão do delegado da polícia civil do Distrito Federal, Erick da Rocha Spiegel Sallum, que, de forma concisa resume:

> De forma agressiva, parcela das vozes nesse debate tem eleito o inquérito policial e o delegado de polícia como matrizes das ineficiências da investigação criminal. Uma rasteira construção conceitual, permeada de distorções e embalada pelo frenesi corporativista, busca a qualquer preço estigmatizar o atual modelo de investigação policial. (SALLUM, 2018).

O pensamento do citado autor nos remete à necessidade de uma reforma substancial da investigação preliminar, a começar pela mudança da terminologia, abandonando-se de vez a expressão “inquérito policial” que inevitavelmente nos remete à ideia de inquisição, de autoritarismo, arbitrariedade, incompatíveis, portanto, com a ordem constitucional vigente há mais de três décadas no Brasil.

O que se impõe é a adequação dessa fase pré-processual ao Estado Democrático de Direito, com uma profunda reformulação da sistemática trazida pelo Código de 1941, a fim de que de essa importante e inafastável fase da persecução criminal seja realizada com observância do atual sistema constitucional.

2 UM MODELO DE INVESTIGAÇÃO COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme já demonstrado no presente trabalho, a fase pré-processual, qual seja, a investigação preliminar, realizada de regra pela polícia judiciária (polícias civis dos Estados e do Distrito Federal e Polícia Federal) através do inquérito policial, visa a demonstrar em probabilidade, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade diante de um fato delituoso (LOPES JR, 2019, p. 127) a fim de possibilitar ao titular da ação penal o ingresso em juízo visando a aplicação da lei ao caso concreto.

A sistemática trazida pelo Livro I, Título II do Código de Processo Penal de 1941 não se ajusta ao sistema processual acusatório estabelecido pela Constituição Federal de 1988, sendo que, nos dias atuais, com mais de três décadas da redemocratização, ainda se vê o investigado como objeto de investigação.

Aury Lopes Jr., discorrendo sobre qual seria o sistema processual brasileiro, conclui "que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo medieval. [...] o princípio informador é inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz". (2019, p. 49-50).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho também entende que, atualmente, na vigência do Código de Processo Penal de 1941, o sistema processual penal brasileiro tem por base a estrutura inquisitorial. Em meio a farta argumentação se insurge contra a possibilidade conferida ao órgão do poder jurisdicional de investigar e produzir provas e depois julgar, concluído:

> O CPP – e o sistema como um todo – como poucos outros instrumentos legais, oferece condições quase que ilimitadas para o agir jurisdicional nesse âmbito (de busca e produção de prova), em qualquer das fases processuais, agora ainda mais ressaltado pelas regras do art. 156 (CPP), com redação da Lei 11690, de 09/06/08, comprovação inequívoca de ser o sistema, na base, inquisitorial (2009).

Sem esforço chega-se à conclusão de que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha, mesmo que de forma implícita, acolhido o sistema acusatório, notadamente ao tornar privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, nossa legislação

processual penal é sustentada por base inquisitória, desde a fase pré-processual, com a possibilidade, por exemplo, do sigilo no inquérito policial[3]. Mesmo com alterações posteriores à Carta Constitucional, alguns dispositivos ostentam o princípio fundante do sistema inquisitório, permitindo ao juiz a iniciativa probatória, a exemplo do artigo 156 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11690 de 09 de junho de 2008, citado por COUTINHO.

Embora seja premente uma mudança de paradigma, com a construção de um sistema de investigação que se adeque ao Estado Constitucional, o presente trabalho propõe, de início, uma mudança terminológica, eliminando-se de vez a denominação "inquérito policial", substituindo-a por "investigação preliminar", que atualmente é tratada como gênero do qual aquele é espécie. A denominação "inquérito policial", que perdura desde o século XIX, carrega uma nódoa do sistema inquisitivo, absolutamente contrário ao novo modelo constitucional.

A justificar essa mudança terminológica, trazemos aqui o pensamento de Waldir Miguel dos Santos Júnior a aduzir que "o termo Inquérito e a técnica inquisitória oculta nele se confrontam com a Constituição. (2018, p. 27).

Tendo a Constituição Federal de 1988 acolhido de forma implícita o sistema acusatório, seus princípios e características devem nortear a persecução criminal desde o seu início, ainda na investigação, fase na qual devem ser reconhecidos e respeitados direitos e garantias fundamentais.

Na mesma linha de raciocínio, José de Assis Santiago Neto entende que a Constituição de 1988 adotou o modelo acusatório sendo este o único compatível com o Estado Democrático de Direito, defendendo uma releitura do nosso Código de Processo Penal à luz da ordem democrática, renegando todas as disposições não recepcionadas e alertando para a necessidade do respeito aos direitos e garantias fundamentais desde a fase da investigação preliminar. (2015, p. 150-151).

Nesse diapasão o presente trabalho passa a desenvolver uma proposta de mudança de mentalidade no trato da investigação preliminar, rompendo-se com o viés inquisitivo do Código de Processo Penal de 1941, mudança esta que deve partir da própria terminologia.

[3] Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

2.1 A imprescindibilidade de uma investigação balizada pela Constituição Federal, rompendo-se com o sistema inquisitorial.

Estruturar e executar a investigação preliminar com balizas na Constituição Federal deverá ter como ponto de partida o reconhecimento do sistema acusatório adotado pela Carta Magna de forma implícita, como já visto, passando-se a observar todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal. Importante frisar aqui que a legislação infraconstitucional que até então também não fazia a previsão do sistema acusatório, dando margem a interpretações convenientes e desprovidas de mentalidade democrática, acaba de avançar significativamente.

A lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "pacote anticrime" e veio com o propósito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, dentre as várias alterações e acréscimos no ordenamento jurídico brasileiro, foi instituiu o Juiz das Garantias e consagrou, agora expressamente, o modelo acusatório, conforme dispõe os artigos 3º-A e 3º-B inseridos no Código de Processo Penal.

Em que pese a suspensão da eficácia de tais dispositivos em decisão monocrática no Supremo Tribunal Federal, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, acredita-se que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, sendo expressamente vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação, cabendo ao juiz das garantias a responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Reconhecido o sistema acusatório, evoluindo-se a terminologia de "inquérito policial" para "investigação preliminar" e tendo sido ela constitucionalizada pela Carta de 1988, partiremos agora para o enfrentamento de um ponto crucial, escolhido entre muitos, que demonstram a necessidade de sua adequação ao Estado Democrático de Direito através de profundas reformas na lei processual penal, sustentadas num paradigma investigatório garantista, as quais já foram encetadas com o advento da Lei nº 13.964/2019.

De acordo com o modelo constitucional de processo, não é mais cabível o tratamento do investigado como objeto de investigação nos termos até então previstos em várias passagens da lei processual penal.

Insiste-se, sem uma fundamentação razoável, em negar ao investigado uma participação efetiva na investigação, como, por exemplo, acompanhando ou solicitando diligências. Aquele que figura como suspeito da prática de uma infração penal é tratado como

objeto de investigação, a quem são negados as faculdades decorrentes dos princípios da presunção de inocência ou não culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, mesmo que em menor amplitude.

Agindo assim, a polícia judiciária faz cair por terra a função preservadora da investigação preliminar que consiste em apontar a inocência do investigado e impedir um processo temerário que irá afligi-lo de forma cruel e desnecessária.

Pedro Ivo de Souza, discorrendo sobre o paradigma investigatório garantista, assim se pronuncia:

> O paradigma garantista se constitui de forma a impor ao Estado a necessidade de desempenho de suas atividades investigatórias para o atendimento dos interesses da sociedade, e não do soberano ou do próprio Estado.
>
> A grande preocupação com a tutela dos direitos humanos permite a este paradigma o desempenho de suas funções de forma equilibrada na busca pela eficiência de suas ações, que não objetivam mais somente conhecer e punir os crimes, mas também prevenir, por meio da realização qualificada das investigações, a ocorrência de novos conflitos, promovendo o respeito e o acesso aos direitos humanos. (2015, p. 43)

Leonardo Marcondes Machado, por sua vez, ao desenvolver o raciocínio sobre o contraditório mitigado e a ampla defesa limitada na investigação preliminar, assevera:

> Repita-se: não há contraditório pleno nem ampla defesa no inquérito policial. Isso não significa, contudo, que não haja qualquer dimensão de contraditório ou de defesa na investigação. A questão, por aqui, é de grau ou de nível quanto a esses direitos fundamentais (e inerentes) à garantia (maior) do devido procedimento legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), que também vincula o inquérito policial num Estado de Direito (2018).

O delegado de polícia Eduardo Luiz Santos Cabette, faz um estudo sobre o garantismo na investigação criminal e a possibilidade de observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, e conclui que cabe à autoridade de Polícia Judiciária, sempre que possível, garantir o contraditório e a ampla defesa aos envolvidos na investigação criminal, o que legitima ainda mais os elementos colhidos nesta fase da persecução penal (2017).

Impõe compreender o investigado como sujeito de direitos, sendo, pois a investigação preliminar procedimento sujeito ao contraditório diferido e à ampla defesa, mesmo que com alcance mais limitado que aquele da fase processual. Nos termos do artigo 5º inciso LV, A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, assim como a assistência de advogado, nos termos do inciso LXIII do mesmo artigo (BRASIL, 1988). Não se pode fazer uma interpretação restritiva do texto

constitucional para fins de excluir do alcance dos citados dispositivos a investigação preliminar com o simples argumento de que não se trata de processo judicial ou administrativo e por não haver no seu bojo a figura do acusado.

Não há como persistir a ideia de que à investigação preliminar não se aplicam alguma ou algumas disposições constitucionais, o que absurdamente acontece.

É certo que algumas diligências realizadas pela Polícia Judiciária somente atingirão o seu objetivo se houver sigilo ou o efeito surpresa. Sem uma vantagem legítima do Estado visando ao esclarecimento de infrações penais seria impossível o exercício do ius puniendi. Contudo, documentados tais atos praticados pela autoridade policial ou seus agentes, deverão ser colocados à disposição do investigado e seu defensor, dando ao mesmo a oportunidade de solicitar diligências que demonstrem sua inocência ou até mesmo a inexistência do delito em apuração ou qualquer outra situação que venha lhe ser favorável durante o processo.

Necessário, pois, que a autoridade policial dê ao investigado o conhecimento da existência da investigação preliminar, oportunizando sua efetiva participação na mesma dentro dos razoáveis limites impostos pela sua própria natureza e finalidade.

2.2 Investigação preliminar e o direito à imagem do acusado.

Outro ponto que será enfrentado é a inafastável necessidade do respeito à imagem das pessoas envolvidas em toda e qualquer investigação preliminar, o que, nos tempos atuais, parece utopia.

A exposição midiática desnecessária de pessoas presas ou investigadas ocorre diariamente, sendo de fácil acesso nos meios de comunicação e extrapolando de forma clara os limites do direito à informação e a liberdade de imprensa. Recorrente na fase da investigação preliminar acaba por violar direitos fundamentais e infraconstitucionais dessas pessoas.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. O Código Civil, artigo 20, veda a utilização da imagem da pessoa sem sua autorização e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) também há previsão sobre o assunto, estabelecendo como direito do preso a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

É inegável a existência de abusos por parte dos órgãos estatais no exercício de suas atividades. Como se ainda vivêssemos num Estado Social e em nome de uma pretensa

segurança pública são praticados atos inadmissíveis durante as investigações e, pior, sendo aceitos pelo próprio Estado, em desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Limitemo-nos às chamadas "operações" realizadas pela polícia judiciária (ou pelo Ministério Público) que se tornaram palco de execração pública, de condenação antecipada, de assassinato de reputações, acontecimentos motivados pela falta de preparo e aparelhamento adequado desses órgãos. Em grandes investigações preliminares realizadas pela Polícia Civil dos Estados ou pela Polícia Federal (e também pelo Ministério Público), a exemplo da Operação Laja Jato, tem se verificado excesso sensacionalista, conduta degradante, humilhação indevida, acusações levianas e aviltamento da condição de suspeito ou acusado.

Essa situação de flagrante desrespeito à imagem da pessoa do investigado, agravada pela era das redes sociais, poderia ser evitada com simples observância dos princípios constitucionais. Necessário foi ao legislador tratar da questão na já mencionada reforma trazida pela Lei nº 13.964/2019 que acrescentou ao CPP, dentre outras disposições pertinentes, o artigo 3º-F que impõe ao juiz das garantias o dever de assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, tipificou a conduta de constranger o preso ou detento a exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública ou a submeter-se a situação vexatória.

Resta saber (é o que se espera), se os órgãos estatais responsáveis pela investigação preliminar, mesmo não o fazendo em mais de três décadas de vigência da Constituição Federal, passarão a respeitar os direitos fundamentais da pessoa investigada e de seus familiares a partir dessa recente reforma do Código de Processo Penal e da criminalização introduzida pela novel lei que define os crimes de abuso de autoridade.

2.3 A repressão estatal sem ofensa a direitos e garantias fundamentais.

Quando se fala na crise da segurança pública percebe-se a busca afoita de um "culpado", de um ente qualquer a ser responsabilizado pelos acontecimentos nefastos causadores de prejuízos incalculáveis, de todas as espécies. Estado e cidadão não se entendem e não assumem cada qual o seu papel nesse contexto, fincando o debate no nível do senso comum.

Há quem proclame que o problema da segurança pública possa ser resolvido através de uma reforma no Código Penal e no Código de Processo Penal, como se a questão fosse tão-somente de ordem formal, e simples ao ponto de ser resolvida com alguns retoques na legislação, tratando com superficialidade a questão criminológica.

Nesse momento de crise, diante dos altos índices de violência e criminalidade, a pretexto de se restabelecer a ordem ou em nome de uma pretensa paz social, o próprio Estado não se contém diante do Direito que ele mesmo instituiu. Contudo, esse agigantar do clamor punitivista e de uma avalanche justiceira representa um grave risco à democracia.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 já retratava a postura do Estado Social que pouco se importava com direitos individuais em privilégio de um bem comum.

> O indivíduo, principalmente quando vem de 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 (BRASIL, 1941).

Atualmente, os escândalos de corrupção na Administração Pública e o avanço da criminalidade violenta vêm fomentando certa tolerância por parte da sociedade com o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Torna-se perigoso à Democracia quando a própria sociedade passa a aceitar, incentivar ou calar-se diante dos abusos e do desrespeito à Constituição enquanto os poderes de Estado mantém-se indiferentes.

Os direitos fundamentais são aqueles insculpidos na Constituição, ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e devem nortear todos os poderes constituídos. Devem estar no topo do ordenamento jurídico dos Estados, no ponto mais alto das fontes de direito (CANOTILHO, 2003, p. 377). Nessa perspectiva e estribado na ousada afirmação de José Emílio Medauar Ommati, segundo o qual “os direitos fundamentais são valores, não estão em colisão e são absolutos” (2019, p. 58), há que se compreender pela inexistência de justificativas para a sua inobservância.

Não se prega aqui a impunidade, mas a repressão deve ser feita sem ofensa a direitos e garantias fundamentais o que é perfeitamente possível se houver incentivo ao desenvolvimento de uma mentalidade democrática. Uma polícia judiciária devidamente

preparada e estruturada e que tenha condições de apurar as infrações penais com estrita observância à lei deve estar na lista de prioridades do Estado.

A adequação da investigação preliminar ao Estado Democrático de Direito requer investimento em tecnologia, capacitação de pessoal e alocação de recursos suficientes para que a atividade seja desenvolvida sem atropelos e arbitrariedades.

Necessário, pois conciliar investigação preliminar eficiente e respeito aos direitos e garantias fundamentais, compreendendo que o respeito a essas garantias não se confunde com impunidade (LOPES JR, 2019, p. 36). Só assim haverá legitimação do poder punitivo estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto o ser humano não atinge um estágio em que o respeito mútuo impere em todas as situações possíveis da vida em grupo, há que ver no temor da consequência um fator de desestímulo à prática de condutas indesejáveis pela sociedade, notadamente aquelas que constituem crimes, sendo esse o fundamento da prevenção geral da pena.

Em um Estado Democrático de Direito, somente através do processo, sendo assegurados ao acusado todos os direitos e garantias constitucionais, será possível aplicar-se a lei penal a um caso concreto. “O processo penal é o caminho necessário para chegar-se legitimamente à pena”. (LOPES JR, 2019, p. 36). Contudo, para que o órgão de acusação possa propor a ação penal, pleiteando a punição de quem praticou uma infração penal, necessário se faz um minucioso trabalho de investigação, onde deve iniciar a humanização do processo penal.

Impossível imaginar o processo penal no Estado de Direito sem uma investigação preliminar legítima. É, pois, fundamental e imprescindível. Contudo, a sistemática contida no Código de Processo Penal se funda no sistema inquisitivo, tendo sido concebida durante um regime autoritário, com disposições não recepcionadas pela nova ordem constitucional.

O presente trabalho demonstrou que a investigação preliminar no Brasil carece de uma profunda remodelagem à luz da Constituição. Apesar dos avanços já mencionados, a exemplo da criação do juiz das garantias e da expressa previsão de estrutura acusatória, a legislação processual penal ainda requer ajustes inspirados por uma mentalidade voltada ao respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O momento crítico que o país atravessa em face do cenário político, econômico e social; a crise nas instituições e o avanço da criminalidade violenta tem fomentado instigação e clamor pelo uso ilimitado do poder pelo Estado e pelas autoridades que o representam.

Contudo, o momento exige uma atuação pautada nos postulados democráticos e garantistas. É inconcebível que se transgrida a lei a pretexto de cumpri-la.

Para se dar contornos democráticos à persecução criminal é necessária a estrita observância das regras e princípios trazidos pela Constituição da República, o que se estende à fase pré-processual, ou seja, à investigação preliminar. Caso contrário, jamais estará legitimada a atividade repressora do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil.** Lei Nº 10.406 de 6 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 5 jan. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso em 5 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br.ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 jan. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.869 de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em 05 jan. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.964 de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3> Acesso em 06 jan. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Contradizendo a ausência de contraditório no Inquérito Policial: Garantismo na Investigação criminal**. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937803/contradizendo-a-ausencia-de-contraditorio-no-inquerito-policial-o-garantismo-na-investigacao-criminal> Acesso: 05 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal.** Campinas: Servanda Editora, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório**: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935 . Acesso em 05/01/2020.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEONEL, Juliano de Oliveira; LIMA, Marcos Vinícius do Nascimento. **Etiologia criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social**: (Des) velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Goiânia. n. 1, p. 42-62, jan/jun 2019. Disponível em:

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16. Ed. São Paulo : Saraiva, 2019.

_____ **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. rev., atual. amp. São Paulo: Saraiva. 2014

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O inquérito policial goza do contraditório (mitigado) e defesa limitada.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada> Acesso em 5 jan. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6 ed., Rido de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SALLUM, Erick da Rocha Spiegel.**Tentativa de desconstrução da investigação preliminar policial e o novo CPP.** Revista Consultor Jurídico, 20 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-20/erick-sallum-tentativa-desconstrucao-investigacao-policia> Acesso em: 7 jan. 2020.

SANTOS JÚNIOR, Waldir Miguel dos. **A adequação da investigação policial ao processo penal democrático**. 2 ed. rev , atual. e ampliada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. **Temas avançados de polícia judiciária**. Organizadores: Bruno Taufner Zanotti, Cleofas Isaías Santos. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.