

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE**

JÉSSICA VILA MAIOR PIMENTA GURGEL

INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO
(a incompatibilidade formal à luz dos princípios constitucionais de proteção
aos direitos e garantias individuais)

**Natal RN
2 0 1 0**

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE**

JÉSSICA VILA MAIOR PIMENTA GURGEL

INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO
(a incompatibilidade formal à luz dos princípios constitucionais de proteção
aos direitos e garantias individuais)

Monografia apresentada à Faculdade
Natalense para o desenvolvimento do Rio
Grande do Norte – FARN, como requisito para
conclusão da Especialização em Direito Penal
e Processual Penal.

Orientador: Profº LUCIANO NASCIMENTO SILVA.

**Natal - RN
2 0 1 0**

JÉSSICA VILA MAIOR PIMENTA GURGEL

INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO
(a incompatibilidade formal à luz dos princípios constitucionais de proteção
aos direitos e garantias individuais)

Monografia apresentada à Faculdade
Natalense para o desenvolvimento do Rio
Grande do Norte – FARN, como requisito para
conclusão da Especialização em Direito Penal
e Processual Penal.

LUCIANO NASCIMENTO SILVA
Professor Orientador

Este trabalho é dedicado à Direção da Polícia Federal no Estado do RN, que possibilitou a realização e a conclusão dessa especialização através da parceria com a FARN e, aos professores, pela paciência e colaboração.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que sempre esteve presente em minha vida, dando-me saúde e coragem para enfrentar os obstáculos da vida.

À minha família, especialmente meu marido e meus filhos, pela paciência, amor, dedicação e incentivo.

Ao Departamento de Polícia Federal, por proporcionar e financiar meu aprendizado.

Aos professores, pela compreensão e dedicação, em especial ao professor Luciano Nascimento Silva pela simplicidade, paciência e especial colaboração.

RESUMO

Este trabalho tem como tema a fase pré-processual da persecução penal, mais especificadamente, os atos praticados pelas autoridades policiais no inquérito policial e a incompatibilidade com direitos e garantias individuais e fundamentais presentes na Constituição Federal do Brasil, em especial aqueles relacionados diretamente com o direito processual penal. O sistema penal brasileiro é cercado de muitas mazelas, dentre as quais se encontra o indiciamento do suspeito por um crime ainda em fase de inquérito policial, com o objetivo de colher indícios do crime e do seu autor, sem que antes seja o cidadão informado: que está sendo investigado e que existem indícios do crime, a que tipo de crime está sendo investigado, bem como, que precisa estar acompanhado de um advogado e ou defensor, com o objetivo de presenciar todo o procedimento para fins de cientificação de todos os atos até então praticados pela autoridade policial. Encontra-se o investigado desprotegido e, até que ele possa, enfim, ter seus direitos e garantias protegidos, terá que aguardar que seja denunciado pelo Ministério Público, mas até lá passará por inúmeros constrangimentos, o que é totalmente desnecessário. A Constituição Federal em seu artigo 5º e incisos descreve inúmeras garantias individuais as quais devem ser analisadas não somente sob a ótica do processo, mas também e, sobretudo, sob a ótica do inquérito policial. Sendo assim, é preciso que o CPP seja revisto, incluindo e retirando dispositivos e, permitindo, que a fase pré-processual seja simples, rápida e eficiente, transferindo atos atualmente praticados no âmbito do inquérito para o judiciário, onde o cidadão possui total garantia de seus direitos e evitando que a investigação policial torne-se um peso para o sistema penal, se arraste por anos, causando constrangimento social ao investigado e a sua família, para além de facilitar a prescrição do crime. O inquérito policial, seguindo o exemplo dos crimes de menor potencial ofensivo, deve zelar pela rapidez e eficiência da investigação, descartando atos e formalidades que dificultem o andamento do inquérito policial e tragam constrangimentos desnecessários ao investigado. E, por não ser um fim em si mesmo, deve ser um procedimento simples, deixando para os autos do processo todos os atos que comprometam a eficiência da investigação

Palavras Chaves: Constituição Federal. Crimes de Menor Potencial Ofensivo. Direitos e Garantias Individuais. Inquérito Policial. Princípios Constitucionais. Processo Penal.

ABSTRAT

This work has the theme of the pre-trial on criminal prosecution, more specifically, the actions taken by the police in the police investigation and incompatible with individual rights and guarantees and fundamental rights by the Federal Constitution of Brazil, especially those directly related to the right criminal procedure. The criminal justice system is surrounded by many ills, among which is the indictment of the suspect for a crime which is still under police investigation in order to gather evidence of crime and its author without first is the informed citizen: being investigated and no evidence of crime, what kind of crime is being investigated as well, which must be accompanied by a lawyer or advocate in order to witness the entire procedure for the scientification of all acts previously carried by the police. You are unprotected and the investigation until he can finally have their rights protected and guarantees, will have to wait until it is denounced by prosecutors, but there will by many constraints, which is totally unnecessary. The Federal Constitution in its Article 5 describes a number of items and individual rights which must be analyzed not only from the perspective of the process, but also and especially from the perspective of the police investigation. It is therefore necessary that the CPP will be reviewed, including and removing devices, and allowing that the pre-trial is simple, fast and efficient, transferring acts currently charged in the investigation to the judiciary, where the citizen has full warranty of their rights and preventing the police investigation becomes a burden on the criminal justice system, dragging on for years, causing social embarrassment to the investigation and his family, and to facilitate the prescription of the crime. The police investigation, following the example of the crimes of lower offensive potential, will ensure the speed and efficiency of research, dropping acts and formalities that hinder the progress of police investigations and bring constraints on the investigation. And because it is not an end in itself, should be a simple procedure, leaving the case file all acts that undermine the efficiency of research.

Keywords: Federal Constitution. Crimes of dangerous potential. Individual Rights and Guarantees. Police Inquiry. Constitutional Principles. Criminal Procedure.

LISTA DE SIGLAS

AQI – Auto de Qualificação e Interrogatório

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

CF – Constituição Federal

CPP — Código de Processo Penal

CP – Código Penal

DPF — Departamento de Polícia Federal

EC – Emenda Constitucional

IPL — Inquérito Policial

JF – Justiça Federal

MP — Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

TCO - Termo Circunstanciado de Ocorrência

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SURGIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL	12
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	13
2.2 O PROCESSO ACUSATÓRIO.....	13
2.3 O PROCESSO INVESTIGATÓRIO INQUISITIVO.....	14
2.4 O PROCESSO MISTO.....	15
2.5 O SURGIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL.....	17
3 INQUÉRITO POLICIAL.....	21
3.1 CONCEITO.....	22
3.2 PRINCÍPIOS	
3.2.1 Obrigatoriedade	24
3.2.2 Oficialidade	24
3.2.3 Indisponibilidade.....	25
3.3 CARACTERÍSTICAS	
3.3.1 Discricionariedade	25
3.3.2 Auto-Executabilidade ou Oficiosidade	26
3.3.3 Escrito	26
3.3.4 Sigiloso	26
3.4 NATUREZA JURÍDICA.....	27
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	29
4.1 DIREITO À LIMITAÇÃO DO <i>IUS PUNIENDI</i> DO ESTADO.....	30
4.2 DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA.....	31
4.3 DIREITO À PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL.....	31

4.4 DIREITO À ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA E DO ADVOGADO.....	32
4.5 DIREITO A PERMANECER CALADO.....	33
4.6 DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	34
4.7 DIREITO À PRIVACIDADE DOMICILIAR E DE COMUNICAÇÃO.....	35
4.8 DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.....	37
4.8.1 Contraditório.....	37
4.8.2 Ampla defesa.....	38
5 INCONSTITUCIONALIDADE DE ATOS PRATICADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL, NOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL, APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	39
5.1 AUTO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO.....	40
5.2 BANALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE NATUREZA PROCESSUAL CAUTELAR: PRISÃO TEMPORÁRIA, BUSCA E APREENSÃO, QUEBRA DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE DADOS.....	42
6 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A investigação policial no Brasil é um procedimento meramente administrativo e pré-processual, tendo por objetivo imediato investigar o delito e sua autoria e, primordialmente, fornecer elementos a propositura da ação penal pelo seu titular (Ministério Público) ou afastar de imediato a sua possibilidade.

É atividade desenvolvida primordialmente pela Polícia Judiciária e sua formalização acontece através do Inquérito Policial - IPL ou Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, dependendo do crime investigado. Tem-se admitido na prática policial a formalização de TCO pela Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal (ostensivas).

O Código de Processo Penal é obra legislativa confeccionada sob a égide da Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente GETÚLIO VARGAS e data do distante ano de 1941, compreendendo-se, tanto pela doutrina contemporânea quanto por decisões esparsas do Supremo Tribunal Federal – STF¹, que parte de suas disposições colidem sob diversos ângulos com princípios existentes na Constituição Federal Brasileira de 1988, principalmente com aqueles insertos nos direitos e garantias individuais.

De fato, o Código de Processo Penal - CPP e o Inquérito Policial são antigos, produtos de uma era sombria na recente história brasileira. Porém até agora conseguiram se amoldar à Constituição Federal de 1988, mesmo possuindo algumas incongruências inconciliáveis, que estão afrontando princípios básicos do texto constitucional que posicionaram o país em bases democráticas.

O garantismo, especialmente na esfera do direito penal, é um movimento mundial de índole constitucional. Para essa corrente de pensamento existe um núcleo mínimo de direitos fundamentais/humanos constitucionalizados, traduzidos nas garantias e direitos individuais, que não pode ser atingido pelo legislador penal e pelo seu aplicador. Esse postulado revela uma função limitadora do arbítrio estatal.

¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte : Fórum, 2007 (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais).

A idéia garantista não está bem desenhada no Código de Processo Penal – CPP, principalmente quando se examina os procedimentos investigatórios e o Inquérito Policial, apesar das inovações acrescentadas ao Direito Penal pátrio, através de construções jurisprudenciais, tais como o princípio da bagatela e o direito do acusado a não auto-incriminação. O Judiciário brasileiro, através dos tribunais superiores, há tempos assimilou o fenômeno da democratização estatal e do garantismo internacional, adotando postura liberal e democrática².

Passemos a definir, através de alguns estudiosos, o que vem a ser o Inquérito Policial.

Para GARCIA o inquérito policial é o instrumento formal de investigação. É peça informativa, compreendendo o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para a apuração do fato e descoberta da autoria³.

Para COSTA o inquérito policial é vislumbrável sob dois prismas: o material e o formal. Pelo ângulo material, 'o inquérito é o conjunto das diligências que se desencadeiam com vistas à elucidação do crime e da sua autoria; enquanto que, pelo enfoque formal, é o processado que contém as peças escritas que retratam os trabalhos apuratórios realizados em torno da infração que se apura⁴.

E para ROVÉGNO a finalidade do inquérito policial é colher todos os elementos relacionados a fato supostamente criminoso, esclarecendo, tanto quanto possível e desde logo, a verdade, podendo conduzir à ação penal ou podendo descartar seu início⁵.

É possível verificar através da doutrina que o inquérito policial formaliza os atos de investigação da polícia judiciária/investigativa e tem como objetivo fornecer elementos ao Ministério Público que justifiquem a proposição da ação penal.

O inquérito policial é a formalização de atos que justificam a existência da polícia judiciária pela busca da verdade dos fatos apresentados, reconstruindo o

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recursos Especiais (RE) n.º 349703 e 466343 e *Habeas Corpus* (HC) n.º 87585, firmou entendimento de que a liberdade, além da vida, constitui o maior bem jurídico do ser humano e só pode ser cerceado em casos excepcionalíssimos.

³ GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 8. ed. Goiânia: AB-Editora, 1999, p. 07.

⁴ COSTA, José Armando da. *Fundamentos de polícia judiciária: teoria e prática*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1982, p. 113.

⁵ ROVEGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas (SP): Bookseller, 2005, p. 143.

mais fielmente a história que originou um suposto delito. É mediante a instauração de inquérito policial que todas as provas e diligências, necessárias à identificação do fato criminoso e sua autoria, são reunidas com a finalidade primordial de assessorar o Ministério Público na proposição da ação penal.

Com a proposição da ação pelo ministério público terá o magistrado seu primeiro contato com os fatos e, a partir de então, se inicia a fase processual propriamente dita da persecução penal no direito brasileiro. Portanto, uma fase investigativa e pré-processual, morosa e antigarantista prejudica a eficiência da resposta penal ao delito e dificulta a busca da verdade real com a punição correspondente.

Para que a resposta penal seja ágil e eficaz, além de menos devassador/constrangedor aos envolvidos é preciso que a fase investigativa e pré-processual seja conduzida com poucas formalidades e maior agilidade, garantindo que seja uma peça inaugural/informativa de mera colheita de indícios e, até mesmo de provas (no caso das periciais) e, claro, sem deixar de estar sempre apoiada no respeito aos direitos e garantias individuais preconizados na Constituição.

Importante analisar o surgimento do Inquérito Policial no direito brasileiro e seu recepcionamento pela Constituição Federal de 1988.

2 SURGIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Através da análise da narração histórica do Brasil, desde seu descobrimento até os dias atuais, pode-se verificar que o surgimento do inquérito policial origina-se de diferentes interesses e sistemas que se estabeleceram no poder.

Por conseguinte, sendo o poder a faculdade de dispor de força e autoridade, fez-se *mister* instalar uma concepção teórica que assegurasse o equilíbrio da ordem social pelo Estado. Surge assim, as regras jurídicas, que são o conjunto de leis que promovem e garantem as atividades e interesses de cada indivíduo e da coletividade dentro do Estado. Tendo na figura do inquérito policial a formalização de atos que trazem ao conhecimento estatal os indícios do crime e seu possível autor e, a partir daí, garantir e colaborar para a justa aplicação da pena. Facultando a avaliação dos fatos aos titulares da Justiça (Promotor e Magistrado).

Fazendo menção à história, passaremos a observar o nascedouro e a evolução do processo e a sua produção de provas.

2.2 O PROCESSO ACUSATÓRIO

Os primórdios da história do homem foram bastante tumultuados no que tange à distribuição da Justiça Penal, posto que era executada pela força e pela auto tutela. Podemos dizer que foi a fase da Justiça Privada, na qual as lides se resolviam pela valentia e lei do mais forte.

Até os idos de 1.200 d.C., o procedimento de investigação criminal existente no mundo decorria do modelo Greco/Romano e era o acusatório, o qual atribuía à pessoas distintas as funções de acusar, defender e julgar.

Num “procedimento acusatório”, as investigações necessárias para conhecer a autoria e a materialidade do delito são concretizadas pelo próprio ofendido, concluído o procedimento, os magistrados, geralmente um Conselho de Cidadãos,

em assembléias públicas, votavam sobre seus quesitos, mas, sem deliberar. A decisão era por maioria de votos e quando havia empate, o acusado era absolvido.

A iniciativa do processo e a produção de provas cabiam à parte acusadora ou a seu representante legal; o juiz não apurava nada, apenas integrava o processo atendendo à conveniência da parte ofendida.

Como é de se notar, o Estado não era o detentor do "*jus puniendi*" e o procedimento era dirigido pelo próprio ofendido, aplicando-se a pena, na maioria dos casos de forma arbitrária e aleatoriamente.

Não se pode falar em valor probatório do procedimento acusatório da Idade Antiga e durante parte da Idade Média, pois as funções de investigação, além de não serem realizadas por um órgão público, não pertenciam ao Estado, uma vez que as imputações eram votadas por pessoas/magistrados facciosos e envolvidos pela opinião pública, o que faz crer que a categoria de provas formadas na fase de investigação, por serem suspeitas e influenciáveis, jamais teriam valor probatório.

2.3 O PROCESSO INQUISITIVO

Durante a Idade Média (476 d.C. a 1453 d.C.) e em quase toda a Idade Moderna predominou o procedimento/processo inquisitivo de investigação criminal, atingindo quase todos os países da Europa Meridional e extensas províncias da América e do Oriente. Isso ocorreu, devido à necessidade da Igreja Católica Romana eliminar toda e qualquer oposição religiosa e se aproveitando de que o Estado havia invocado para si o dever de dizer o direito com o escopo de torná-lo mais justo e prudente.

Como a Igreja dominava o poder e o sustentava perante os países que abrangia, a figura do Estado-julgador era dirigida pela própria Igreja, sendo, o processo inquisitivo/procedimento, que surgiu para evitar injustiças notadas no processo acusatório, tornou-se um verdadeiro instrumento de tortura e opressão — chamada de época das trevas e ou Inquisição.

Neste sistema havia divergências gritantes, pois não se investigavam crimes contra a vida ou contra o patrimônio, apenas se investigava e se combatia a oposição à fé religiosa. Ademais, no procedimento inquisitivo as funções de acusar, defender e julgar eram acumulativas e funcionavam em um mesmo órgão, que, nesse caso, era de um alto membro do clero da Igreja católica.

O valor probatório das investigações realizadas na Inquisição era completamente inexpressivo e tendencioso, porque além de não possuir o contraditório, suas provas eram muitas vezes forjadas pela Igreja e as imputações baseavam-se em suposições de ordem religiosa.

2.4 O PROCESSO MISTO

Na passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, precisamente, após a Revolução Francesa — “Queda da Bastilha” em 1789 —, o procedimento de investigação criminal e mesmo o processo penal sofreu grandes modificações, tendo reflexos em quase toda Europa. O ápice dessas modificações foi a adoção de um novo modelo de persecução penal, o misto, o qual apresentava características do processo inquisitivo e também, do acusatório⁶.

O procedimento penal possuía, nessa época, uma fase da instrução preparatória dirigida por um magistrado, sendo formalizado através de atos escritos, secretos e sem qualquer contraditório, sendo, portanto, a defesa do investigado inexistente durante esta fase. No julgamento, tornava-se acusatório e os atos eram orais e públicos, tendo o acusado o direito ao contraditório.

No ano de 1794, a Assembléia Nacional Francesa subdividiu a Polícia em Administrativa e Judiciária, pois até então a polícia tinha a exclusiva atribuição de vigilância, ou seja, era destinada apenas para a segurança pública (Polícia Administrativa) e as investigações criminais ficavam a cargo do Judiciário e seus juízes. Através da nova subdivisão, criou-se a Polícia Judiciária com a função,

⁶ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4867>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

eminentemente, de investigar crimes e contravenções, colhendo indícios necessários do crime e de seus respectivos autores.

O sistema misto se desenvolveu, e as funções de investigar, acusar, defender e julgar passaram a ser exercidas por pessoas e Órgãos diferentes. Em síntese, a investigação do fato e sua respectiva autoria desenvolvem-se na fase pré-processual, de caráter inquisitivo de competência da polícia e, posteriormente, caso necessário, passa-se a fase processual/judicial, onde se encontra todo o trâmite do processo desde a instrução, passando primordialmente pelo contraditório e pela ampla defesa do imputado⁷ e se encerrando no momento do trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória, sendo, esta, uma fase eminentemente acusatória.

Do exame simultâneo dos três procedimentos/processos estudados acima, que se desenvolveram a partir da Idade Antiga, nota-se que o Estado moderno ampliou, intensificou e desenvolveu o sistema penal⁸ e, para que não se tornasse arbitrário, foram criados procedimentos que garantissem aos cidadãos prerrogativas positivas, de forma que o imputado/investigado gozasse sempre de certas garantias, como, p. ex., a da presunção de inocência (garantia instituída nas constituições modernas), além de possuir o amplo direito de formalizar sua defesa.

Nesse mesmo panorama evolutivo insere-se o inquérito policial, vez que os atos praticados em seus autos servirão de base à *opinio delicti* do Ministério Público dando ensejo ao processo propriamente dito.

2.5 NO BRASIL

Portugal, por ser um país tipicamente feudalista, o ordenamento jurídico no período colonial teve características próprias feudais. Em 1211 o monarca Afonso II elaborou as primeiras leis gerais escritas que se tem notícia naquele país, as quais assumiram o lugar das “costumeiras” (costumes).

⁷ Expressão utilizada para designar “acusado em geral”, a que se refere o art. 5º, LV, da Constituição. Tal tratamento inclui tanto o formalmente acusado (fase processual), como também o investigado da fase pré-processual.

⁸ Queremos dizer com Sistema Penal toda Política Pública voltada para a Segurança física e jurídica da sociedade.

O Brasil foi descoberto no ano de 1500, sob o império das Ordenações Afonsinas⁹, editadas em 1446 em Portugal, que consolidava a legislação daquela época, iniciada com o rei Afonso II e finalizada com o seu sucessor, o rei Afonso V. As Ordenações Afonsinas não chegavam a ser verdadeiras codificações do Direito, nem vigoraram entre nós, porque foram empregadas de 1446 a 1521, quando a colonização do Brasil ainda se iniciava.

Tratava-se de uma compilação coordenada da legislação existente e se dividia em cinco livros, encontrando-se no terceiro livro (Livro III) todo procedimento civil/penal, o qual possuía 128 artigos. Foi a partir deste livro, que se passou a instrumentalizar os atos judiciais e foram criados alguns comportamentos a serem seguidos pelos súditos.

As Ordenações Afonsinas tiveram como fonte: a legislação feudal, baseada nos costumes (chamada de costumeira); traços do Direito romano de Justiniano e do Direito Canônico. Vigorou em Portugal até o ano de 1521, quando ocorreu a publicação das Ordenações Manuelinas, que durou até o ano de 1603.

A partir de então se seguiram: o Código Sebastião, publicado em 1569 e as Ordenações Filipinas¹⁰, aprovadas em 1595, mas que somente entraram em vigor em 1603. Dessas, apenas as Ordenações Filipinas traziam idéias inovadoras, pois reunia em seu contexto as Ordenações Manuelinas; a Coleção dos Regimentos Reais; o Repertório Geral das Leis Extravagantes do Reino de Portugal; textos do Direito Espanhol, bem como, leis posteriores que foram surgindo. As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por mais de dois séculos, até o surgimento da primeira legislação processual brasileira: o Código de Processo Penal do Império.

Até 1689 não existia no Brasil tribunal de Segunda Instância, sendo os recursos julgados pelo Ouvidor-Geral, espécie de juiz nomeado diretamente pelo Imperador ou eram remetidos ao Tribunal de Suplicação, situado em Portugal. No ano seguinte foi instalado na Bahia o primeiro Tribunal de Segunda Instância, denominado “Tribunal de Relação”, o segundo no Rio de Janeiro em 1751 e, apenas, em 1821 foi criado o terceiro “Tribunal de Relação” localizado no Recife/PE.

⁹ FERREIRA, Waldemar, História do Direito Brasileiro. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1951. Tomo I, ed. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/dicionario/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

¹⁰ *Ibidem*.

Com a chegada da família real ao Brasil no ano de 1808, instalou-se no Rio de Janeiro a primeira Corte Suprema, denominada “Casa de Suplicação”, sendo, posteriormente, transformada em Supremo Tribunal de Justiça - STJ, pela Constituição de 1824, que também criou Tribunais de Relação em quase todas as províncias do Brasil Império. Em 11 de agosto de 1827 foram criadas as duas faculdades de Direito brasileiras (respectivamente Olinda e São Paulo), completando, assim, o quadro das instituições jurídicas brasileiras, quadro este que ficou quase que inalterado até o ano de 1889, quando foi derrubada a Monarquia e proclamada a República.

A polícia foi criada institucionalmente com o “Alvará” de 10.5.1808, expedido pelo príncipe regente, tendo sido criado, naquela época, o cargo de Intendente-Geral da Polícia do Brasil, a exemplo de Portugal. Somente em 03 de dezembro de 1841, após 33 anos de existência, através da Lei 261 é que foram criadas as figuras de chefe de polícia, delegado e subdelegado, entrando em vigor no dia 31 de janeiro de 1842, através do Regulamento Real n.º 120.¹¹

A Constituição Imperial brasileira de 1824¹², acolhendo parte da ideologia do movimento de independência dos Estados Unidos da América e, de liberdade, da Revolução Francesa, dividiu a estrutura do poder em quatro: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, e adotou a teoria do utilitarismo (“nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” – art. 179, § 2º), o que representou um avanço para os costumes da época.

Surgiram nesse rastro, o Código Criminal do Império (1830), que manteve a pena de morte e algumas penas cruéis a fim de atender aos interesses da sociedade burguesa e o Código de Processo Criminal de 1832, denominado “Código de Processo Criminal de Primeira Instância”, impregnado de idéias liberais. Admitia três tipos de iniciativas: pública, particular e popular, e havia dois tipos de processo, o ordinário e o sumário. Também foram criadas estruturas policiais autônomas com atribuições judiciárias, além da criação das figuras de Chefe de Polícia, Delegado e Subdelegado.

¹¹ MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial: dinâmica*. São Paulo : Saraiva, 1992, p. 372.

¹² FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 16.

Embora desde 1830 já existissem normas disciplinando os trabalhos de investigação policial no Brasil, o inquérito só foi, efetivamente, introduzido no campo normativo brasileiro em 20 de setembro de 1871, através da Lei n.º 2033 e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 2824, de 28 de novembro de 1871.

Hoje no Brasil o Código de Processo Penal em vigor é o de 1941, que adota o sistema misto, ou seja, uma combinação do processo inquisitivo com o processo acusatório: a investigação é inquisitiva e o julgamento acusatório. Esse sistema desdobra-se em duas fases: a pré-processual, que fica sob a titularidade da polícia judiciária, tendo como função elaborar o inquérito policial, sendo ele escrito, secreto e inquisitivo, logo, sem contraditório, tendo a função de investigar os indícios do fato criminoso e da sua autoria e a fase judicial/processual, sendo pública, oral e acusatória, fornecendo total garantia ao acusado.

O inquérito policial foi mantido pelo atual Código de Processo Penal – que através da exposição de motivos, assim justifica: “Foi mantido o Inquérito Policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”¹³, tendo no fator erro – duplicidade gerada pela instrução preliminar, que pode culminar em incorreções – seu principal argumento a favor da sua manutenção, pois diminui a possibilidade de um julgamento incorreto e precipitado.

Sendo o inquérito policial uma instrução provisória antecedente à proposição da ação penal, serve de garantia contra apressados e errôneos juízos formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime e antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas circunstâncias objetivas e subjetivas”¹⁴.

Mesmo neutra e imparcial, a autoridade policial estará sujeita a cometer equívocos ou falsos juízos, ocorrendo o risco de sugestões tendenciosas. Não há, sob todos os enfoques, argumentos plausíveis que justifiquem a retirada do inquérito policial do nosso ordenamento jurídico, apenas, é de extrema necessidade adequá-lo ao atual panorama constitucional de garantias.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

¹⁴ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Gabinete do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 8 de setembro de 1941.

3 INQUÉRITO POLICIAL.

3.1 CONCEITO

Pertence exclusivamente ao Estado o direito de punir – o chamado *jus puniendi*. Sendo o Estado o único ente Político e Jurídico que possui esse poder, tem o direito e o dever de avocar para si a inteira proteção da comunidade e também do delinquente.

Os tipos penais surgem tendo como função primordial a prevenção geral positiva, mas também e sobretudo, a proteção dos bens juridicamente tutelados e a proteção dos indivíduos contra os abusos cometidos pelo próprio Estado, na sua função de perseguir e punir todo aquele que transgride as leis do país.

Dessa forma, somente as condutas tipificadas podem ser apuradas e punidas. O direito penal surge com a função de perseguir, apurar e investigar e encontra-se dividido em duas fases distintas: a primeira investigativa ou administrativa, exercida pela Polícia Judiciária e, a segunda, contraditória ou judicial, compreendendo desde a denúncia do Ministério Público, até o seu recebimento pelo magistrado. A partir do recebimento da denúncia, todas as etapas, que por ventura virão, terão a função de solucionar o litígio proposto. Podemos verificar através dessa análise o genuíno processo misto, que fora concebido na Europa, após a Revolução Francesa.

É notável as diferentes funções atribuídas ao Estado, quando um indivíduo quebra a barreira do permitido e comete o crime. Estabelece o art. 4º do Código de Processo Penal Brasileiro: "A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

O inquérito policial pode ser definido como o conjunto de informações sobre determinado ato delituoso e sua autoria é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, da União e dos Estados, conforme estampado no Art. 144, § 1º, IV e § 4º, da CF/88. O que não excluirá a competência de outras autoridades administrativas, quando por lei lhes seja atribuída a mesma função (Ministros Relatores dos Tribunais Superiores e Forças Armadas).

Para SALLES JÚNIOR Inquérito policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto¹⁵.

A lição de TOURINHO FILHO é de que o inquérito policial é “um conjunto de informações sobre a prática da infração, isto é, sobre o fato infringente da norma e da respectiva autoria”¹⁶.

Podemos dizer que o inquérito policial se destina a elucidar o delito, de forma a chegar o mais próximo possível da(s) pessoa(s) que cometeu (ram) o delito, tendo por fim a colheita de “provas”/indícios¹⁷, que justifiquem a proposição da ação penal e para que realize o seu propósito, a autoridade policial deverá perseguir a verdade dos fatos e sendo imparcial.

Tendo o inquérito policial relevante importância para a proposição da ação penal, por que após duas décadas de vigência da Constituição Federal não houve modificação significativa nas peças produzidas pela autoridade policial, peças essas que, deliberadamente, se chocam com os princípios garantistas da Constituição de 1988. A não ser, pela edição da lei 9.099/95 – Criação dos Juizados Especiais Criminais e, conseqüentemente, criação do Termo Circunstanciado de Ocorrência, para apuração dos crimes de menor potencial ofensivo.

Passaremos a estudar os princípios, as características e a natureza jurídica do inquérito policial.

3.2 PRINCÍPIOS

3.2.1 OBRIGATORIEDADE

¹⁵ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1986, p. 3.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 7.

¹⁷ A palavra *provas* encontra-se entre aspas, porque nos autos do Inquérito Policial as provas são relativas, apenas podemos falar em provas absolutas quando adquiridas nos autos do processo penal, onde os princípios do contraditório e da ampla defesa estão presentes. Apenas as provas periciais cautelares não repetíveis, poderão ser aceitas judicialmente como prova, tendo em vista sua fungibilidade.

É praticamente indispensável que os delitos não fiquem impunes. É através da ocorrência da infração penal que o Estado promove o *jus puniendi*, sendo necessário a concessão de poderes “discricionários”¹⁸ ao encarregado da persecução penal preliminar (Polícia Judiciária/autoridade policial), a fim de apreciar a conveniência e a oportunidade da ação punitiva do Estado.

Pelo princípio da obrigatoriedade, a Autoridade Policial é submetida a instaurar o Inquérito Policial. Esse princípio, o mais difundido entre as legislações modernas, contrapõe-se ao da *oportunidade*, utilizado por algumas.

No Brasil, o princípio da oportunidade fica restrito aos crimes de ação penal privada e pública condicionada, quando é facultado ao ofendido requerer o inquérito policial.

3.2.2 OFICIALIDADE

Como a repressão do crime é privativa do Estado (União) – Art. 22, I, da CF/88, cabe a este instituir órgãos que assegurem a persecução criminal. É através do princípio da oficialidade que os órgãos oficiais, criados para esse fim, ficam encarregados da pretensão punitiva. Nesse contexto a Polícia Judiciária tem a autoridade de apurar as infrações penais e a respectiva autoria, ressalvada as exceções constitucionais (ex.: Comissões Parlamentares de Inquérito-CPI).

O princípio da oficialidade, todavia, não é absoluto, em face da ação penal privada e da ação penal pública condicionada a representação, nesses casos a iniciativa será do ofendido e, decorrido o prazo da representação (seis meses), não será mais permitida a proposição da ação.

3.2.3 INDISPONIBILIDADE

Tal princípio é decorrente do princípio da obrigatoriedade, ou seja, uma vez instaurado, não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado na delegacia, pois

¹⁸ A palavra *discricionários* encontra-se entre aspas, porque a Autoridade Policial tem o poder de conduzir a investigação a maneira que melhor lhe convier, porém esse poder não pode ultrapassar a barreira do legal e permissível.

esse ato não compete a autoridade policial e, sim, ao juiz. O delegado de polícia poderá em seu relatório final, peça que encerra os autos do inquérito policial, representar pelo arquivamento, mas somente o Ministério Público poderá requerê-lo e apenas o juiz poderá arquivá-lo - Art. 28 do CPP.

Na ação penal privada, que depende da representação do ofendido não ocorre o princípio da indisponibilidade, pois não havendo a representação e decorrido o prazo de seis meses, ocorrerá a perempção da pretensão punitiva, ficando a ação impossibilitada.

Ocorrerá a paralisação do inquérito policial, no entanto, mediante o deferimento judicial de *habeas corpus* preventivo

3.3 CARACTERÍSTICAS

3.3.1 DISCRICIONARIEDADE

A autoridade policial tem a faculdade de conduzir a investigação como quiser, escolhendo o momento da realização de seus atos e não está presa a formalidades, podendo deferir ou indeferir qualquer pedido de prova (art. 14 do CPP), além de não esta sujeita à suspeição (art. 107 do CPP), apenas, sujeita-se a três formalidades indispensáveis ao procedimento: a portaria, peça que instaura o inquérito policial; os despachos interlocutórios de pedido de prazo ao ministério público, vez que o inquérito tem prazo fixado por lei e o relatório final, peça que conclui a investigação.

3.3.2 AUTO-EXECUTABILIDADE OU OFICIOSIDADE

Independente de prévia provocação do Ministério Público ou do Poder Judiciário. Desde que dentro dos limites da lei a Polícia Judiciária, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, tem o dever de agir logo que tomar conhecimento da prática da ação delituosa. Apenas, em certos casos, aqueles que exigirem minimização de garantias constitucionais, será exigida a autorização judicial fundamentada, após solicitação formal da autoridade policial, é o caso dos

mandados de prisão, de busca domiciliar e de quebras de sigilo bancário e de dados.

3.3.3 ESCRITO

Previsto no art. 9º do CPP o inquérito policial deverá ser escrito, pois se destina a fornecer elementos de convicção ao titular da ação penal (MP), não estando sujeito a formas rígidas e indeclináveis. Exige-se, no entanto, certo rigor formal, como na Portaria, que deverá narrar os fatos objeto da apuração, tipificar o delito e declinar o nome do suposto autor e, no relatório conclusivo, que deverá constar, resumidamente, todos os atos praticados nos autos, devendo sempre numerar as folhas, a fim de facilitar o manuseio das informações.

Considerando a finalidade do inquérito policial, ainda hoje não se concebe a existência de uma investigação verbal, mas já se vislumbra a idéia de torná-lo virtual, através de imagens e sons.

3.3.4 SIGILOSO

O caráter sigiloso do inquérito policial é qualidade essencial para a elucidação dos fatos, pois permite que nada se oponha a produção das provas (art. 20 do CPP), além de proteger as informações, até então trazidas aos autos, de pessoas mal intencionadas.

O sigilo não é absoluto, tanto o MP (Lei nº 8.625/93, art. 15, inciso III), quanto o Judiciário e o advogado do investigado, podem consultar os autos do inquérito. Destes, apenas o Advogado deve previamente requerer, os demais tem acesso absoluto.

Em casos de decretação de quebra de sigilo pelo juiz (segredo de justiça), os autos serão apartados do inquérito policial (Lei nº. 8.906/94, art. 7º, inciso XIII a XV, e § 1º) e será gerado um procedimento processual próprio, onde o sigilo será mantido até que se produza a prova almejada.

3.4 NATUREZA JURÍDICA

O inquérito policial é um procedimento meramente administrativo. Tal denominação provém de não estabelecer a lei um rito próprio para sua elaboração. A norma dispõe apenas que, logo que a autoridade policial tenha conhecimento da prática da infração penal, deve iniciar diligências, no intuito de esclarecer a materialidade e a autoria do delito. Investiga-se, por conseguinte, o fato, o grau de censura à ação ou omissão do réu, a vida pregressa e o comportamento do pretenso autor do delito (art. 6º do CPP).

O inquérito deve atender à sua finalidade, que outra não é senão esclarecer todos os pontos obscuros do fato delituoso e relatar ao MP assim que terminada a investigação, para que se possa dar prosseguimento à ação penal. Além de ser um procedimento meramente administrativo, escrito e sigiloso, o inquérito também é inquisitivo, encontra-se alheio as certas garantias constitucionais e as “provas” produzidas nos autos do IPL servem apenas para demonstrar indícios da materialidade do delito e de sua autoria, estando sujeito a atender diligências requisitadas pelo Ministério Público, Órgão encarregado pelo controle externo da polícia judiciária – Art. 129, incisos VII e VIII, da CF - ou a responder a pedidos judiciais, em casos de impetração de *habeas corpus* e mandado de segurança. Quanto ao pedido do investigado a autoridade policial tem a discricionariedade de atender ou não (art. 14 CPP).

O inquérito policial brasileiro não possui contraditório, o pretenso autor do delito é simples objeto de investigação, como observa TOURINHO FILHO:

Seria perfeito contra-senso admitir-se o contraditório em atos processuais inquisitivos, que traduzem mera atividade administrativo-investigatória fora da relação processual, conforme ensina Massari. Não teria sentido se admitir o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis*, em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido.¹⁹

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.212.

Outra característica marcante do Inquérito Policial é seu caráter inquisitivo (art. 107 CPP): “Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.” Como se nota, quem decide sobre sua suspeição é própria a autoridade policial, restando ao investigado concordar com o que lhe é apresentado ou recorrer ao Judiciário, sob pena de ver seus direitos anulados pelo Estado.

Por ser o inquérito policial um procedimento meramente administrativo/informativo, a regra é que tenha valor probatório reduzido ou relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, ou seja, não se pode fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial. Nesse sentido encontram-se as decisões judiciais:

INQUÉRITO VALOR PROBATÓRIO: “Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial, pois se assim ocorresse, restaria violado o princípio do contraditório.”²⁰

O inquérito policial é mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, e, mesmo que existisse irregularidade nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminam a ação penal.²¹

Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo.

INQUÉRITO VALOR PROBATÓRIO: O inquérito é peça meramente informativa, destinada tão somente a autorizar o exercício da ação penal. Não pode, por si só, servir de lastro à sentença condenatória, sob pena de se infringir o princípio do contraditório, garantia constitucional.²²

Existem, no entanto, duas exceções em relação ao seu valor probatório: a prova pericial – tendo em vista a sua natureza técnica e o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença, este último no Tribunal do Júri – que pode fundamentar-se exclusivamente em provas colhidas no inquérito.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RTJ 59/786

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Relator Min. Pedro Aciole. DJU 18 abr 1994. p. 8525

²² BRASIL, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – TACrimSP, 70/319

Não podemos deixar de mencionar que no Brasil existem dois tipos de inquéritos que admitem o contraditório: o judicial, para a apuração de crimes falimentares²³ e o instaurado pela Polícia Federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando à expulsão de estrangeiro.²⁴

Notadamente, o inquérito policial é um procedimento administrativo acusatório e não um procedimento administrativo investigatório, por não possuir igualdade de direitos entre investigado e investigador.²⁵

Hoje, a concepção deve ser de um procedimento penal constitucional, que respeite os direitos fundamentais, não se harmonizando com a admissibilidade de provas produzidas sem o amparo de garantias essenciais — contraditório e ampla defesa — e basilares de um Estado democrático de direito.

Ao tempo que o Estado tem a função de garantir a segurança da sociedade como um todo, tem o dever de zelar pelos direitos e garantias individuais de qualquer indivíduo, principalmente daquele que esteja sendo investigado pela prática de crime, no intuito de neutralizar o arbítrio estatal.

²³ BRASIL, Lei de Falências, Art. 106

²⁴ BRASIL, Lei 6815/80, Art. 102

²⁵ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Princípios Constitucionais no Inquérito e no Processo Penal*. 2001, p.32

4 COROLÁRIOS CONSTITUCIONAIS — PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o processo penal se elevou a guardião da liberdade individual²⁶, antes da elaboração da referida carta política nenhuma outra se preocupou em dotar o processo judicial de meios e instrumentos para que houvesse, verdadeiramente, o direito de defesa e o contraditório, que pudessem legitimar a decisão estatal, especialmente no campo penal.

O direito constitucional Segundo FERREIRA FILHO é o conhecimento sistematizado da organização jurídica fundamental do Estado. Isto é, conhecimento sistematizado das regras jurídicas relativas à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua atuação.²⁷

Pode-se verificar que é através do direito constitucional e de seus paradigmas que o Estado político-administrativo brasileiro deve organizar toda sua legislação infraconstitucional, incluindo o direito penal e o direito processual penal, que, todavia, devem seguir a mesma linha democrática e garantista presentes na Constituição.

A Constituição, ao instituir princípios e regras de limitações ao poder estatal, consagrou direitos e garantias individuais como forma de impor limites ao *jus perseguendi* e instituiu a perspectiva de um processo judicial justo e equilibrado, incompatível com atos antidemocráticos existentes ainda hoje nos autos do inquérito policial brasileiro.

Os princípios são os valores fundamentais que formam os pilares do ordenamento jurídico de qualquer nação civilizada, que adote o Estado de Direito. Tem a função de assegurar estabilidade ao sistema jurídico e incorporaram, ao longo dos séculos, as conquistas humanas consideradas universais ligadas à vida, liberdade, dignidade, etc...

Modernamente é aceito que os princípios que fundamentam qualquer sistema jurídico de um Estado democrático de direito são aqueles normatizados em suas

²⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal em face da Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro, 2006, p.155.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 14.

Cartas Políticas (Constituições) e concebidos normativamente como direitos fundamentais²⁸.

Dos princípios normatizados como direitos fundamentais decorrem os direitos propriamente ditos e as garantias, reconhecendo a doutrina distinção, vez que as garantias são meio de defesa, também conhecidas como “solenidades tutelares” que possuem certos direitos contra abusos.

Assim, pode-se dizer que o principal princípio expresso na Constituição Federal de 1988 e do qual decorrem todos os direitos e garantias no campo do direito penal e processual penal é: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Deste princípio decorrem outros, tais como: Proporcionalidade e adequação; Liberdade; Isonomia; Legalidade, Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa; Presunção de Inocência ou da Não-Culpabilidade; Inviolabilidade da Intimidade e da vida privada; Inadmissibilidade de Utilização de Prova Ilícita no Procedimento Penal; Celeridade, etc.

Importante registrar que muitos princípios e garantias se confundem no campo do direito penal constitucional ou foram incorporadas como direitos fundamentais, tais como: a Garantia do Devido Processo Penal, a Garantia de Acesso à Justiça Penal, a Garantia do Juiz Natural, a Garantia do Tratamento Paritário dos Sujeitos do Processo, a Garantia da Plenitude de Defesa com os meios e recursos a ela inerentes, a Garantia da Publicidade dos Atos Processuais, a Garantia da Motivação dos Atos decisórios, a Garantia da Legalidade, etc.

O que interessa ao presente trabalho, que se dispõe a analisar a compatibilidade formal do inquérito policial brasileiro com a Constituição Federal de 1988, juntamente com o garantismo penal acatado na doutrina mundial²⁹, é a existência de alguns direitos fundamentais essenciais a um Democrático Processo Penal Constitucional.

Passaremos, então, a estudá-los a seguir.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 5ª Edição, 1995, p. 514.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, tradução de ANA PAULA ZOMER, FAUZI HASSAN CHOUKR, JUAREZ TAVARES e LUIZ FLÁVIO GOMES, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo. 2002.

4.1 DIREITO À LIMITAÇÃO DO *IUS PUNIENDI* DO ESTADO

Tal limitação consiste em proteger o indivíduo do poder arbitrário estatal, sendo assim, surgem proibições que inibem o Estado de práticas que exorbitem o seu poder legal de proteção do bem jurídico tutelado.

Desse contexto, decorre o princípio da legalidade³⁰ “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que, por sua vez, se desdobra nas seguintes proibições: a) oponibilidade de coisa julgada material; b) irretroatividade da lei penal; c) personificação da sanção penal; e, d) individualização da pena.³¹

Dessa forma não se pode considerar infração ou sanção penal sem lei anterior e regularmente editada, que preveja de forma expressa e clara, um ato como crime ou contravenção, bem como fixe previamente a pena cominada, garantindo assim o equilíbrio das relações jurídicas no direito penal e processual penal brasileiro.

4.2 DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA

Inserido na atual Constituição/88:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; e ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança.³²

A partir desses dois incisos, excetuando a hipótese de transgressão ou crime militar, podemos verificar que uma pessoa só poderá ser presa quando: estiver cometendo crime ou contravenção (no caso da prisão em flagrante) ou por ordem fundamentada de autoridade judicial competente; e, mesmo assim, só será levado à prisão ou nela mantido, quando não tiver direito à liberdade provisória, com ou sem o pagamento da fiança.

³⁰ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, inciso XXXIX.

³¹ Ibidem, artigo 5º, incisos XXXVI, XL, XLVI e XLVII.

³² Ibidem, artigo 5º, incisos LXI e LXVI.

Ora, se o constituinte deixa claro que a liberdade individual é de suma importância, necessário e urgente se faz que sejam revistas certas prisões provisórias, instituídas no CPP como as verificadas nos Art's. 302, I a IV (flagrante delito), 311 a 316 (preventiva), 413, § 3º (ato decisório de pronuncia) e 393, I (sentença condenatória recorrível), bem como, da instituída pela Lei 7.960/89 (prisão temporária).

Tais prisões destoam-se da idéia constitucional da liberdade e por mais que seja necessário observar os requisitos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), ainda assim tais requisitos são muito amplos e genéricos.

4.3 DIREITO À PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

Está disposto em nossa Constituição das seguintes formas:

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral,³³ ambos asseguram a inviolabilidade da integridade física e moral do ser humano.³⁴

Verifica-se, que ao tratar dessa garantia individual a Constituição de 1988 teve por objetivo a diminuição da violência e o abuso de poder das autoridades policiais, elevando sobremaneira a dignidade do indivíduo, mesmo daqueles envolvidos em *persecutio criminis*.

A partir dessa linha garantista, pode-se notar que toda legislação infra-constitucional tem seguido a mesma orientação humanitária existente na Constituição Federal de 1988, restando, às legislações contrárias ao ordenamento jurídico, a reformulação conforme a oportunidade e a conveniência da administração pública.

Em decorrência do direito à preservação da integridade física e moral do preso e do interrogado na *persecutio criminis*, estabeleceu-se que “o preso tem

³³ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, incisos III e XLIX.

³⁴ TUCCI, Rogério Laurita. *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2009, p. 269.

direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”³⁵, o que possibilitou a responsabilização das autoridades públicas por abuso de poder, sendo assim, nenhuma autoridade, mesmo com boa intenção, poderá jamais usar de qualquer artifício, de força física ou psicológica, para garantir a confissão.

Outra decorrência deste direito está na não submissão à identificação criminal³⁶, apenas admitido em situações previstas em lei, assim, aquele já identificado civilmente não poderá ser submetido a nova identificação criminal, o que poderá configurar constrangimento ilegal.

4.4 DIREITO À ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA E DO ADVOGADO

Seguindo a complexa gama de direitos, encontramos a assistência da família e do advogado à pessoa que se encontra envolvida em uma *persecutio criminis*. Podemos encontrar menção a referido direito em quatro diferentes momentos na atual Constituição Federal, assim dispostos:

- 1) 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; 2) a imediata comunicação ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada, da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre e 3) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.³⁷

Através desses incisos o legislador constituinte reafirmou a plenitude da atuação defensiva, que não se trata de mera ficção, mas sim de garantia individual inerente a um país democrático, devendo estar o direito penal e o processual penal sempre voltado à preservação da integridade física e psicológica dos cidadãos e da garantia do equilíbrio entre as partes no processo penal.

³⁵ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, inciso LXIV.

³⁶ Ibidem, artigo 5º, inciso LVIII.

³⁷ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, incisos LV, LXII e LXIII.

4.5 DIREITO DE PERMANECER CALADO

Através dessa garantia o legislador introduziu a idéia Norte-Americana de 1791, editada na 5ª emenda Constitucional, onde ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio, ou seja, a pessoa investigada tem o direito ao silêncio e ao seu não auto-incriminamento.³⁸

Ora, o silêncio é uma opção concedida ao investigado, preso ou indiciado a partir da instauração do inquérito policial e tem como primordial função a de preservar o investigado, impedindo a antecipação deficiente de provas, as quais só poderão ser colhidas, posteriormente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, no judiciário.

O direito de permanecer calado, assim como o direito a assistência da família e do advogado, devem ser verbalizados e consignados pela autoridade policial, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, importando em nulidade da prisão, por ilegalidade do ato, justificando eventual processo por abuso de poder.

Podemos verificar, a importância da participação do advogado, no momento da lavratura do auto de prisão e do interrogatório ainda durante a fase instrutória (inquérito policial), que poderá verificar a correta aplicação dos direitos e garantias constitucionais, para além da cientificação, desde logo, das evidências que justificaram o referido procedimento.

4.6 DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Dentre os direitos constitucionais estudados o da presunção de inocência é o que mais simboliza o devido processo penal constitucional, pois garante ao indivíduo o direito de não ser considerado culpado antes de um devido processo legal e de uma sentença condenatória, o que corresponde a não antecipação da culpa.

Previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 9º, *in verbis*: “todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido

³⁸ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, inciso LXIII.

pela lei”³⁹ e, em nossa constituição federal, foi inserido da seguinte forma: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”⁴⁰

Assim, podemos afirmar que a Constituição Federal/88 admite a prisão processual do tipo preventiva e/ou temporária apenas excepcionalmente e em função das seguintes garantias: *a)* ordem pública; *b)* ordem econômica; *c)* conveniência da instrução criminal; e, *d)* preservação da aplicação da lei penal⁴¹, as quais darão ensejo às prisões cautelares (flagrante delito, preventiva e temporária).

Tais medidas se firmam em fatos extra e metaprocessuais e ocorrem, na maioria das vezes, durante a fase pré-processual (nos autos do inquérito policial), mas podem ocorrer durante o desenrolar do processo, devendo, estarem, necessariamente, vinculadas ao ato processual das quais derivam.

O legislador ao expandir o leque de permissões às prisões cautelares aumentou consideravelmente os motivos que justificam a prisão, minando a constituição em um de seus alicerces mais importantes, o tocante à garantia individual de responder o indivíduo em liberdade a um processo penal legal e apenas ser recolhido à prisão após sentença penal condenatória transitada em julgado

Como já salientado, vale destacar que a Constituição Federal de 1988, tem como pilares de sustentação, a liberdade do indivíduo, juntamente com o direito à vida.

4.7 DIREITO À PRIVACIDADE DOMICILIAR E DE COMUNICAÇÃO

São direitos que se opõem diretamente na atuação dos agentes estatais envolvidos na persecução penal e limitam os órgãos do Poder Judiciário, criando uma barreira intransponível e gerando o equilíbrio entre as partes envolvidas, pois

³⁹ TUCCI, Rogério Laurita. *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : RT, 2009, p. 313.

⁴⁰ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, inciso LVII.

⁴¹ BRASIL, *Código de Processo Penal*, artigo 312 e artigo 1º da Lei 7960/89.

valoriza a privacidade individual e a segurança jurídica do processo, o que é imprescindível à manutenção do Estado democrático de direito.

CANOTILHO e MOREIRA explicam que os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, dessa forma não podem valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência.⁴²

Tais dispositivos, encontram-se expressos na Constituição Federal/88, da seguinte forma:

1) a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; 2) é asilo inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁴³

Portanto verifica-se que todos os direitos e garantias, mesmo aqueles mais significativos, não são tão invioláveis como deveriam ser, visto que o legislador constituinte em todos os casos possibilita ao judiciário a ruptura desses direitos, mas desde que as decisões estejam devidamente fundamentadas e tenham por fim a apuração da verdade real, em uma persecução em curso e legalmente instaurada.

Conclui-se, que não poderá a persecução penal exorbitar sua finalidade, que é a busca da verdade real, dentro dos limites estabelecidos na lei, dados a sua natureza cautelar e precária, pois, caso contrário, estaria atentando contra o direito do indivíduo à privacidade e constituindo provas ilícitas e ilegais, violando, dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, ob. cit., vol.1, p.218.

⁴³ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, incisos XI e XII.

4.8 DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

A Constituição de 1988 foi a primeira a expressamente disciplinar o contraditório e a ampla defesa, em razão da influência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Passando a introduzir, a partir do artigo 5º, inúmeras garantias fundamentais, dentre as quais os incisos LIV e LV⁴⁴, que tratam, especificadamente, do acolhimento expresso do Devido Processo Legal e sua consequente extensão a todos os procedimentos, sejam eles pertencentes à esfera penal, cível ou administrativa.

4.8.1 Contraditório

O contraditório é decorrente do princípio da igualdade das partes perante a lei⁴⁵ o que é genericamente falando a possibilidade de contraditar provas já produzidas, contrapor, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar e tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los.⁴⁶

Criou-se a partir do direito ao contraditório a possibilidade legal de se impedir que fossem estabelecidos privilégios a qualquer das partes envolvidas no processo, garantindo a todos, defesa e acusação, igualdade técnica no processo penal.

Mediante o direito ao contraditório os sujeitos envolvidos no processo penal passam a dispor de um processo justo e equilibrado evitando, assim, que o Estado acusador possua vantagens em relação a defesa, tornando o processo o mais igualitário e equilibrado possível. O inquérito policial por ser um procedimento inquisitivo e informativo não compactua com referido direito, porque para haver o contraditório deve o procedimento ser totalmente acusatório e democrático.

⁴⁴ BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, artigo 5º, incisos LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁵ Ibidem artigo 5º, *caput*.

⁴⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal em Face da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4ª ed. Reescrita e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, pag. 142.

O inquérito policial, por ser um procedimento inquisitivo, não possibilita ao investigado qualquer meio de contrapor provas ou de se insurgir contra entendimento da autoridade policial a respeito dos fatos investigados, a não ser que o faça por via judiciária, mediante a impetração do Mandado de Segurança ou do *Habeas Corpus*. Caso contrário, o inquérito perderia toda sua objetividade e efetividade e passaria a ser praticamente um juizado de instrução.

Todavia, notamos ser mais eficiente para o processo penal que as provas produzidas em fase de inquérito policial sejam apenas as estritamente necessárias e/ou essenciais (perecíveis e não repetíveis), as quais não poderiam, sob pena de perecimento, ser realizadas no judiciário. Assim sendo, as investigações e os indícios trazidos aos autos do inquérito policial, para terem maior eficácia dentro do sistema penal, devem possuir maior objetividade e transparência. Transferindo-se para o judiciário todas as provas que tornam o procedimento lento e ineficaz.

4.8.2 AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV, tendo por principal função a oposição do acusado à atuação da pretensão punitiva do Estado. Realizado através da defesa técnica, profissional habilitado ou pela autodefesa, que consiste na manifestação pessoal do acusado.

Dessa forma são assegurados ao acusado meios razoáveis de promover sua defesa, não lhe sendo negado o direito ao conhecimento e ao debate, em pé de igualdade, das provas produzidas contra ele. Tendo em todos os procedimentos, administrativo ou judicial, o direito de o investigado ou acusado ser representado por um profissional habilitado (advogado), que acompanhe todo o procedimento e verifique a correta atuação da autoridade que conduz os autos, bem como, a de observar se os direitos e garantias individuais estão sendo respeitados.

Diante desse princípio constitucional, nota-se a necessidade imediata de reestruturar o CPP diante de certos atos, por ele autorizados, praticados nos autos do inquérito policial, principalmente os relacionados ao indiciamento do suspeito.

Possibilitando que o investigado sempre se faça acompanhar de um advogado ou defensor, tornando o procedimento fora de qualquer suspeita de abuso.

O princípio da ampla defesa é totalmente compatível com qualquer procedimento seja ele pertencente a qualquer esfera e não interrompe nem impede qualquer investigação em curso.

5 INCONSTITUCIONALIDADE DE ATOS PRATICADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL, NOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL, APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inseriu diversos critérios e requisitos essenciais a preservação da dignidade da pessoa humana, dentre eles os já estudados neste trabalho, além de inserir direitos que garantissem a todos um processo penal justo e equilibrado.

O inquérito policial foi criado em 1871 e mantido pelo CPP de 1941, mas apesar de recepcionado pela atual Constituição de 1988, continua perpetuando traços de uma época ditatorial e nada democrática, demonstrando, em razão disso, sua incompatibilidade formal com a nova carta política.

Pode-se afirmar que a atividade policial possui certos atos obscuros praticados pelas autoridades policiais (delegado de polícia) dentro dos autos do inquérito policial que divergem completamente da estrutura democrática e garantista adotada por nossa constituição de 1988.

Nosso país, hoje, está alicerçado em pilares constitucionais, que tem como premissas a justiça e o estado democrático de direito e apesar das atualíssimas reformas do CPP, principalmente do que diz respeito às provas - Lei n.º 11.690/08, o inquérito policial continua nitidamente afrontando a dignidade da pessoa humana, sua intimidade e sua liberdade (direitos fundamentais) e o Estado democrático de direito (através da inobservância da ampla defesa).

5.1 AUTO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO E INDICIAMENTO

O indiciado será ouvido com observância no que for aplicável no disposto no Capítulo III do Título VII do CPP⁴⁷, que se refere ao interrogatório do acusado, no processo penal, pelo juiz, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

⁴⁷ BRASIL, *Código de Processo Penal*, artigo 6º, inciso V.

Notadamente, o interrogatório é uma peça processual, sendo no âmbito policial mera ficção, vez que pode ser suprimido/desconsiderado. O que é pontual, na verdade, é a formalização da qualificação do investigado e a lavratura dos boletins de vida pregressa e de identificação, que darão ensejo ao tão conhecido fichamento policial. Dessa forma, o Auto de Qualificação e Interrogatório Policial é uma peça obsoleta e desnecessária, que pode ser extirpada do inquérito policial, tratando-se de mera formalidade, que apenas torna o procedimento lento e contrário a direitos individuais consagrados na Constituição atual, já que o investigado tem o direito de permanecer calado e não responder às perguntas que lhe forem formuladas.

Dentro dessa mesma trajetória garantista, o Supremo Tribunal Federal, após a edição da Lei 10.792/03, pronunciou-se que:

O silêncio do réu não significa auto-incriminação e não pode, sob hipótese alguma, ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Assim, com a alteração do art. 191 do CPP pela mesma lei, *as perguntas não respondidas pelo indiciado, não poderão ser consignadas, uma vez que a consignação das questões não respondidas, poderia ser utilizada como instrumento para interpretar o silêncio do acusado em prejuízo de sua defesa.*⁴⁸

Diante de todas as garantias e direitos inerentes ao acusado, no processo penal, podemos concluir que o Interrogatório Policial afronta diretamente a Constituição e as atuais leis infraconstitucionais, que buscam adequar o CPP às idéias humanistas e garantistas introduzidas a partir de 1988. Na verdade, após as edições das leis 10.792/03 e 11.690/08, dentre outras não mencionadas nesse trabalho, como, por exemplo, a lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) (criação do Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO) e a nova lei de drogas (Lei 11.343/06), o inquérito policial passa a ocupar sua verdadeira finalidade no processo penal, qual seja, a de mero elemento informativo, tendo como principal função colher indícios suficientes para a proposição da ação pelo Ministério Público e, secundariamente, juntar-se à prova na missão de convencer o julgador a tomar a decisão mais acertada, mas em hipótese alguma, servir unicamente de base e/ou prova no processo penal.

⁴⁸ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 75.616, 1ª Turma. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Em 14/07/97. RT 748/563.

Assim, tem-se que a formalização do inquérito policial e do indiciamento são atos completamente desnecessários, sendo essa a principal idéia desse trabalho, que visa eliminar atos procedimentais que tragam prejuízo ao investigado e morosidade a persecução penal. Reforçando essa idéia, transcreve-se a decisão do Ministro CELSO DE MELLO:

Se é inquestionável que o ato de indiciamento não pressupõe a necessária existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, não é menos exato que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal. O indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito.⁴⁹

Estando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

Depois de encerrado o inquérito policial, ainda que a autoridade policial não tenha procedido ao indiciamento formal ou apenas tenha indicado a autoria no relatório final, sem a formalidade do indiciamento, não pode o inquérito policial retroagir ou retroceder para consignação de tal formalidade, com prejuízo para a celeridade do inquérito e da convicção da autoridade policial. Se houver divergência do Ministério Público, quanto à autoria do fato ou faltar o indiciamento, tal carência fica suprida automaticamente pelo oferecimento da denúncia.⁵⁰

5.2 A BANALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE NATUREZA CAUTELAR: PRISÃO TEMPORÁRIA, BUSCA E APREENSÃO, QUEBRA DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE DADOS

A Lei 7.960/89 dispõe sobre a prisão temporária, que pode ser decretada por cinco dias, prorrogáveis por mais cinco e, posteriormente, pode se transformar em prisão preventiva conforme decisão judicial.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.041 MG, Relator Ministro CELSO DE MELO. Publicado em 06/10/03. Informativo 323/STF.

⁵⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. *Roteiro Prático de Inquérito Policial*. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/20239/2>>. Acesso em 10 de janeiro de 2010.

Referida lei está sendo questionada no STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.109, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, sob o argumento de que a imprecisão do texto, sem as exigências dos requisitos do art. 312 do CPP⁵¹, está provocando controvérsias no meio jurídico e violando tratados internacionais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Dessa forma, a invocação da gravidade do crime, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva.

Ao reafirmar a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o Ministro EROS GRAU enfatizou que a regra é a liberdade. A prisão é exceção⁵².

Percebe-se nitidamente hoje que o uso descabido do procedimento cautelar, que muitas vezes é usado sob o argumento da inibição e do medo, sem que existam fundáveis suspeitas, atropela direitos e garantias constitucionais e afronta o Estado democrático de direito, inadmissível em nosso país após a Constituição de 1988.

⁵¹ A prisão preventiva poderá ser decretada: 1) como garantia da ordem pública e da ordem econômica; 2) conveniência da instrução criminal ou 3) para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

⁵² MATSSURA, Liliana. *Juízes usam prisão temporária como forma de punir*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em 11 de janeiro de 2010.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são os direitos do homem declarados de forma explícita ou implícita em um texto escrito (Constituição, Tratado e/ou Convenção). O Estado democrático deve comportar-se, qualquer que seja sua atuação, sob a perspectiva de que nem tudo pode ou deve fazer, pois a sua ação encontra limites no respeito aos direitos fundamentais declarados na Lei Maior, mesmo porque quem detém o poder é o povo e não pode haver ação estatal legítima quando não se observam direitos que fazem parte da própria condição humana, esculpidos na Constituição em forma de princípios.

A orientação principiológica dimanada da declaração dos direitos fundamentais tem o condão de desenhar o perfil, fazendo com que o exercício do poder público se conforme dentro das suas linhas estruturantes.

Os direitos e garantias fundamentais, do processual criminal, são instrumentos assegurados aos cidadãos submetidos a procedimento penal (inquérito ou a processo). Em regra, são o limite, tanto para a atuação persecutória do Estado (Ministério Público e Juiz), quanto para as investigações policiais. Quando a perseguição criminal se encontra diante de um direito fundamental, deve simplesmente ceder, pois direito fundamental, por sua magnitude e relevância política, deve ser sempre respeitado e cumprido.

Os direitos assegurados ao acusado não dizem respeito somente a ele e sim a toda sociedade, pois garantem que o Estado, ao tentar inibir o crime, não adote métodos que se contraponham aos direitos fundamentais. Será através desses direitos que seremos informados do conteúdo da cláusula da dignidade humana. Assim, a flexibilização de um direito fundamental é um recurso de reserva, uma medida excepcional, que somente deve ser adotada quando ela for imprescindível no confronto de direitos de igual medida, observados a proporcionalidade a razoabilidade, conforme orientação seguida pelo STJ e STF.

A Constituição democrática de 1988 instaurou uma nova realidade normativa e visando formalizar a modificação de paradigma do sistema jurídico nacional, afim de adequá-lo ao modelo de Estado democrático-constitucional, conferiu à cidadania uma nova dimensão, deixando clara a sua posição já no artigo primeiro, onde

conferiu à cidadania um fundamento basilar do Estado democrático de direito. A cidadania, como instituto distinto da nacionalidade, mereceu disciplinamento nos artigos 1º, inciso II (fundamento do Estado democrático de direito), 5º, inciso LXXVI (gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania) e 22, inciso XIII (competência legislativa privativa da União sobre cidadania), da Constituição Federal.

O direito de cidadania está intimamente ligado à idéia de democracia, que pressupõe não apenas a existência de limites ao exercício do poder político, mas também a reserva de espaço para a manifestação ativa da sociedade em questões políticas e de interesse social, sem a descaracterização da personalidade individual, a respeito da exigência de ações positivas do Estado em áreas de satisfação coletiva. O direito de cidadania compreende todos os direitos básicos e necessários para um nível mínimo aceitável de qualidade e respeito à vida humana em sociedade.

Em uma dimensão axiológica, a cidadania como princípio básico implica o respeito aos direitos fundamentais. No campo do procedimento preliminar policial (inquérito policial) que o acusado, sem embargo da espécie de crime praticado, tenha a garantia da sua condição de cidadania, ou seja, receba o tratamento de cidadão, pessoa portadora de direitos que lhe são inerentes, decorrentes de sua própria natureza. Não só o exercício do poder-dever de punir expressa uma atuação política do Estado, como igualmente a garantia da ampla defesa assegurada ao indiciado dimana dessa mesma raiz.

Não se pode garantir presteza e eficiência na fase pré-processual enquanto a legislação penal brasileira insistir em comprometê-la com atos inerentes ao processo. Propõe-se, enfim, a simplificação dos autos do Inquérito Policial no Código de Processo Penal — a exemplo dos TCO's; o fim dos indiciamentos ineficazes e sem sentido; a retirada das perícias não perecíveis e extremamente demoradas da fase investigativa, passando-as para a fase judicial e a garantia do direito de ampla defesa ao investigado.

Visamos através das propostas acima, agilizar o inquérito policial, simplificando e desburocratizando seus autos e impor ao procedimento a presença

do defensor, a fim de garantir o total cumprimento aos direitos e garantias fundamentais do acusado, já durante a investigação policial.

REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edílson Mougnot. *Processo penal: dos fundamentos à sentença*. São Paulo : Saraiva, 2005. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.
- BRASIL, Luiz Flávio Gomes. 66 (Org). *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do código de processo penal*. Gabinete do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, publicado em 8 de set. de 1941.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2 ed. Coimbra : Coimbra, 1984. v.1.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal em face da constituição : princípios constitucionais do processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro : Lumemn Juris, 2006.
- COSTA, José Armando da. *Fundamentos de polícia judiciária: teoria e prática*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, Waldemar, *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. Tomo I. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/dicionario/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba : Juruá, 2003.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 8. ed. Goiânia : AB-Editora, 1999.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História do direito penal*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2004.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *Roteiro Prático de Inquérito Policial*. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/20239/2>>. Acesso em 10 de janeiro de 2010.
- MATSSURA, Liliana. Juízes usam prisão temporária como forma de punir. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em 11 de janeiro de 2010.
- MEHMERI, Adilson. *Inquérito policial: dinâmica*. São Paulo : Saraiva, 1992.

- VALESCHKA E SILVA BRAGA. *Principais repercussões da emenda constitucional n. 45/2004 no controle de constitucionalidade brasileiro*. In *Revista CEJ*. Ano x, n. 32, março 2006. p. 40-54.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Princípios constitucionais*. São Paulo : Themis, 2001.
- PINTO, Adilson José Vieira. O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da constituição federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 1999, n 27, p. 260.
- ROCHA, Dúlio Reis da. *Fundamentos da administração da produção*. Fortaleza : LCR, 2002.
- ROVEGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas : Bookseller, 2005.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- TUCCI, Rogério Laurita. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.
- ZANON, Artemio. *Introdução à ciência do direito penal*. Florianópolis : OAB/SC, 2000.