O INQUÉRITO POLICIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA[**]

THE POLICE INQUIRY AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF CONTRADICTORY AND DEFENSE WIDE

RAUL GODOY NETO[*]

Recebido para publicação em julho de 2006.

Resumo: No momento em que toda a sociedade brasileira, carente de segurança e sedenta de justiça conclama as autoridades constituídas para uma urgente e necessária reforma em nosso sistema processual penal, falar do princípio do contraditório e da ampla defesa perece bastante oportuno, uma vez que oferece a possibilidade de esclarecer àqueles que, talvez, por desconhecimento, ou até mesmo por preconceito contra um procedimento tão importante dentro do Estado Democrático de Direito, que é o Inquérito Policial. E para tanto é importante observar que, a atividade de polícia judiciária, prestada pela Polícia Civil nos termos do art. 144, § 4º da Constituição Federal, incumbe a apuração de infrações penais. O momento determinante da atuação da Policial Civil é a ocorrência da infração penal, ou seja, após os atos de polícia administrativa serem ineficazes para evitar o fato crime. A atividade de repressão penal do Estado inicia-se através da ação da polícia judiciária, e sendo assim o meio para tal é um procedimento administrativo de persecução criminal, presidido pelo Delegado de Polícia, denominado Inquérito Policial. E este é, por sua vez, a garantia para a correta aplicação da lei penal, pois não possibilita o recebimento de uma ação penal temerária, que só servirá para desgastar o Poder Judiciário, ocupando-lhe tempo e recursos, que melhor seriam aplicados numa denúncia ou queixa-crime com base firme, fundamentada em um procedimento investigatório policial com alicerce assentado em provas robustas, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Alguns doutrinadores pugnam pela extinção do Inquérito Policial, além de não admitirem a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento, e este será o objeto deste estudo. Para tanto, importa observar que está consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a regra de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e, geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes". A garantia do contraditório e da ampla defesa consagrada da Constituição revogada aplicava-se apenas ao processo penal, sendo, com a promulgação da Constituição de 1988, alargado a todos os processos administrativos e judiciais. Clara manifestação do Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório traduz-se na ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade, ou seja, possibilitando a atuação das partes na formação da convicção do juiz. Ciência esta, que no processo civil é eventual e não necessária, enquanto no processo penal eleva-se ao status de obrigatório e necessário, não existindo, pois um réu sem defensor, posto que no processo-crime encontra-se em jogo o valor indisponível da parte – a liberdade. Ao lado do contraditório tem-se outra garantia constitucional – o da ampla defesa. Esta mais utilizada no processo penal, onde há maior ênfase na posição do réu. Sendo o contraditório garantia entendida tanto ao autor quanto ao réu. Desta forma, devemos valorizar o inquérito policial, aperfeiçoando-o, tornando-o mais célere e eficaz, como peça fundamental ao oferecimento da denúncia e até mesmo como procedimento inicial do processo, admitindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Abstract: At the moment where all the Brazilian, devoid society of security justice necessity the authorities consisting for a urgent and necessary reform in our criminal procedural system, to speak of the principle of the contradictory and legal defense, perishes sufficiently opportune, a time that offers the possibility to clarify to that, perhaps, for unfamiliarity, or even though for preconception against a so important procedure inside of the Democratic State of Right, that is the Police inquest. E for in such a way is important to observe that, the activity of judiciary policy, given for the Civil Policy in the terms of art. 144, § 4º of the Federal Constitution, charge the verification of misdemeanors. The determinative moment of the performance of the Civil Police woman is the occurrence of the misdemeanor, that is, after the acts of administrative policy to be inefficacious to prevent the fact crime. The activity of criminal repression of the State is initiated through the action of the judiciary policy, and being thus the way for such it is an administrative procedure of accusatory procedure, presided over for the Commission agent of Policy, called Police inquest. E this is, in turn, the guarantee for the correct application of the criminal law, therefore it does not make possible the act of receiving of a reckless criminal action, that will only serve to consume the Judiciary Power, occupying time and resources to it, that more good would be applied in a denunciation or complaint-crime with firm base, based on a police investigator procedure with foundation seated in robust tests,

[**] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 13 de julho de 2006 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

[*] Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

harvested under the bolter of the contradictory and legal defense. Some author's fight for the extinguishing of the Police inquest, beyond not admitting the application of the principles of the contradictory and legal defense in the procedure, and this will be the object of this study. For in such a way, it matters to observe that it is consecrated in art. 5º, LV of the Federal Constitution of 1988, the rule of that "to the litigants, in action at law or administrative, and to the defendant and, generality is assured the contradictory and legal defense, with the inherent ways and resources it". The guarantee of the contradictory and legal defense consecrated of the revoked Constitution was applied only to the criminal proceeding, being, with the promulgation of the Constitution of 1988, widened to all administrative proceedings and judicial. Clear manifestation of the Democratic State of Right, the guarantee of the contradictory expresses the bilateral science of the acts and terms of the process, with the opposition possibility that is, making possible the performance of the parts in the formation of the certainty of the judge. Science this, that in the civil action is eventual and not necessary, while in the criminal proceeding it is raised the obligator and necessary status of, not existing, therefore a male defendant without defender, rank that in the process-crime meets in game the unavailable value of the part - the freedom. To the side of the contradictory another constitutional guarantee - of legal defense is had. This more used in the criminal proceeding, where it has greater emphasis in the position of the male defendant. Being the contradictory guarantee understood in such a way to the author how much to the male defendant. In such a way, we must value the police inquest more, perfecting it, becoming it celery and efficient, as basic part to the denunciation and even though as initial procedure of the process, admitting itself the contradictory and legal defense.

Introdução

O ponto de partida deste trabalho norteia-se no disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assevera: "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". Como se vê, da análise da norma em comento, à vontade d legislador foi a de estender aquelas garantias a todo q qualquer cidadão, sobre os quais o poder público em geral esteja atribuindo a autoria de um fato, quer de natureza penal, administrativa ou de qualquer outra natureza, desde que tutelado pelo direito positivo, independentemente do órgão acusador ou da etapa do procedimento persecutório.

Contudo, hoje se verifica um lamentável estrabismo da doutrina processual penal, a qual entende que referidas garantias são asseguradas unicamente àqueles que estão sendo processados no âmbito criminal ou administrativo, pelo fato desses procedimentos resultarem conseqüências jurídicas aos acusados. No entanto, não esclarecem e até ignoram, a amplitude da expressão *"(...) e aos acusados em geral"*.

E para a análise do tema, nesse estudo alguns pontos de extrema importância serão destacados. O primeiro importa na análise da atividade de polícia judiciária, prestada pela Polícia Civil nos termos do art. 144, § 4º da Constituição Federal, a qual incumbe a apuração de infrações penais, observada a ressalva (os crimes militares). Como se vê, o momento determinante da atuação da Policial Civil é a ocorrência da infração penal, ou seja, após os atos de polícia administrativa serem ineficazes para evitar o fato crime. A atividade de repressão penal do Estado inicia-se através da ação da polícia judiciária. Sendo que, o meio para tal é um

procedimento administrativo de persecução criminal, presidido pelo Delegado de Polícia, denominado Inquérito Policial.

Outro ponto a ser analisado diz respeito a inserção dos princípios do contraditório e ampla defesa assegurados pelo art. 5º, LV da Constituição Federal. Sendo aqui importante destacar que, a garantia do contraditório e da ampla defesa consagrada da Constituição revogada aplicava-se apenas ao processo penal, sendo, com a promulgação da Constituição de 1988, alargado a todos processos administrativos e judiciais.

Clara manifestação do Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório traduz-se na ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade, ou seja, possibilitando a atuação das partes na formação da convicção do juiz. Ciência esta, que no processo civil é eventual e não necessária, enquanto no processo penal eleva-se ao *status* de obrigatório e necessário, não existindo, pois um réu sem defensor, posto que no processo-crime encontra-se em jogo o valor indisponível da parte – a liberdade. Ao lado do contraditório tem-se a garantia constitucional da ampla defesa. Esta mais utilizada no processo penal, onde há maior ênfase na posição do réu. Sendo o contraditório garantia entendida tanto ao autor quanto ao réu.

Nesse sentido, busca o presente estudo, analisar a questão da inserção dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Para tanto, necessária a análise da diversidade de legislações, doutrinas e conceitos que se relacionam com o tema.

Assim, utiliza-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo que se utiliza a pesquisa teórica, expondo o pensamento de vários autores e nossa opinião sobre pontos relevantes e posterior conclusão baseada, também, em experiências práticas adquiridas no laborar diário no Ministério Público Federal.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos distintos, seguidos de uma conclusão e visa a atingir o objetivo inicialmente delineado, sendo assim, o primeiro capítulo trata do direito de punir, e traz os delineamentos acerca do sistema de penas e do direito de punir.

No segundo, serão analisadas as nuances do inquérito policial no ordenamento jurídico brasileiro, primordialmente será analisado seu conceito e natureza jurídica pontos de extrema importância para o estudo que se propõe. Mas, aqui ainda será analisada a competência, natureza, característica, valor probatório, seu procedimento, suas peças fundamentais, seus prazos e como se dá seu arquivamento.

Seqüencialmente, o terceiro capítulo trata do escorço histórico do inquérito policial, desde tempos mais remotos até os dias de hoje. Para tanto, serão analisadas as Leis nº 261/41 e 2.033/71, bem como o anteprojeto do Código de Processo Penal de 1941, o qual pugnou pela supressão deste instituto do ordenamento processual penal brasileiro. Além disso, traz a sua previsão no Código de Processo Penal atual e na Constituição Federal de 1988.

Este capítulo ainda analisa a questão da criação da polícia de carreira no Estado de São Paulo, e aqui também envolvendo um cunho histórico trará pontos como origem e criação da atividade policial e todo procedimento cabível dentro das Delegacias de Polícia.

O quarto capítulo trata do cerne deste estudo e foi intitulado como o Inquérito Policial no Estado Democrático de Direito. Aqui serão analisadas as correntes doutrinarias e jurisprudenciais acerca da inserção ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito. E para tanto, foram observados os conceitos de Estado Democrático de Direito, princípio do contraditório e ampla defesa, além de trazer pontos como a processualização ou democratização do inquérito, e sua importância no que tange os interesses da justiça criminal e na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

1. Do Direito de PUNIR

1.1. O sistema de penas e o direito de punir

Desde que o homem passa a viver em sociedade, existem os atos anti-sociais, e em razão de buscas e vantagens pessoais resultam-se em desavenças. Porém, de outro lado surgia-se à busca a repressão, pois o convívio social não podia admitir que cada um exercesse sua vontade sem que respeitasse o direito do outro.

Nesse sentido, segundo Jefferson Moreira de Carvalho:

> O desenvolvimento humano ou da sociedade foi formando regras de condutas e procedimentos que deveriam ser adotados para a repressão da conduta anti-social ou criminosa. Deste desenvolvimento, a princípio desorganizado, surgiram, ao longo dos tempos os Códigos. E assim, com a existência de um procedimento organizado, a punição e a vingança pessoal desforra por parte da vítima ou de seus familiares, o Estado começou a tomar para si o direito exclusivo de punir.[1]

[1] CARVALHO, Jefferson Moreira de. **Prisão e Liberdade Provisória.** São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 02.

O direito de punir passa por muitas fases em nossa história jurídica somente se travando quando a punição passa a ser uma responsabilidade do Estado, como forma de controle social, por intermédio do Direito Penal. Isto porque, após, ultrapassada a fase da vingança privada e da auto-tutela como forma de promoção de justiça, o Estado passou a ser o único detentor do direito de punir.

O *jus puniendi*, ou o direito de punir decorre do ordenamento legal e consiste no poder genérico e impessoal de sancionar qualquer pessoa que tenha cometido uma infração penal, onde temos o *jus puniendi in abstracto.*

Anota Fábio Guedes de Paula Machado que:

> (...) nunca é demais lembrar que o direito penal moderno não tem como missão evitar ou combater a criminalidade, mas servir de fator impeditivo a ameaça do Estado em exercer uma punição, sobrevindo desta idéia a garantia do principio da legalidade, entre outras.[2]

Da mesma forma, toda vez que uma pessoa infringir uma norma penal, será responsabilizada pela sua conduta, contrária ao ordenamento jurídico, e estará sujeita a aplicação de uma sanção pelo Estado – juiz, que realiza o direito subjetivo do *"jus puniendi"*. Em outras palavras, no momento em que a infração penal é cometida, o direto que até então é abstrato, concretiza-se, individualizando-se na pessoa do agente, fato este que faz nascer o *"jus puniendi in concreto".*

Sempre que praticada uma transgressão, nasce para o Estado o direito de aplicar a punição prevista em sua lei àquele que agiu de forma reprovável. Porém, destaca-se que tal pretensão estatal de punir será obrigatoriamente resistida pelo autor do ilícito, assim gera um conflito de interesse entre a pretensão punitiva e o direito de defesa, somente podendo ser solucionado por um órgão deste mesmo Estado e que detém a função jurisdicional, qual seja, o Poder Judiciário.

E, para que isso ocorra, torna-se essencial que a jurisdição seja exercida por intermédio de um processo, cujo início se dá mediante o desencadeamento de uma ação penal, que nada mais é do que o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto, a fim de que seja satisfeita a pretensão punitiva.

2 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal – Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 28.

Conseqüentemente, referida ação penal somente será admitida na ordem jurídica quando subordinada a determinados requisitos denominados condição da ação. Destaca-se que, tais condições são: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir.[3] Porém, necessário é que se discorra somente sobre o interesse de agir, o qual se encontra adstrito ao tema.

Tal condição desdobra-se no trinômio: necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e adequação à causa, do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal.

É inerente a necessidade ao processo penal, isto porque é impossível impor-se pena sem o devido processo legal. No que tange a sua utilidade, esta se traduz na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do Estado.[4] Por último, a adequação reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação da sanção penal.

O interesse processual é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional ou a insistência no prosseguimento de um processo já em curso, se ela, em tese, ao término, não for apta a produzir a punição do autor do ilícito.

As condições da ação tiveram origem no campo civil, e desta forma foram posteriormente introduzidas no âmbito do processo penal, porém, a doutrina dominante é no sentido de que falta interesse à parte, quando o provimento jurisdicional pleiteado seja inócuo sob o aspecto prático.

Atualmente, grande parte dos juristas clama pelo Direito Penal mínimo, em que a interferência seja realmente necessária, de forma que outro ramo do direito não possa atender, e que o mesmo garanta uma qualidade de vida social melhor entre os cidadãos, pois assegura a liberdade e a dignidade do homem.[5]

O direito de punir do Estado deve ser unicamente um instrumento de controle social, para o benefício desta mesma sociedade, na melhor convivência harmônica de seus integrantes, e não um instrumento de atrocidades e de submissão dos mais fortes contra os mais fracos.

3 BATISTA, Weber Martins. Direito penal e Direito processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

4 Ibidem, p. 144.

5 JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Perdeu-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos grupamentos de homens foram levados a adotar certas normas disciplinadoras de modo a possibilitar a convivência social. Segundo, Júlio Fabbrini Mirabete: *"O confronto das informações históricas contidas nos relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes, autoriza uma forte suposição de que a pena, como tal, tenha tido originalmente caráter sacral".*[6]

Nas civilizações antigas as penas eram as mais variadas. Porém, predominava a pena de morte, bem como a repressão alcançava não somente seu patrimônio como também os descendentes do infrator, o que se pode constatar pela análise dos textos do Código de Hamurabi, Deuteronômio, Lei de Manu e Lei das XII Tábuas. Segundo a doutrina no Direito romano que se seguiu, a situação não foi muito diferente.

A Idade Média prosseguiu nessa linha, inclusive com os tribunais da Inquisição, que relegavam a execução da pena de morte ao poder laico. Em verdade, desconhecia-se a pena privativa de liberdade. As masmorras serviam para abrigar presos somente a título provisório.

No que tange, o sistema de pena é irrefutável que tal instituto visa afastar da sociedade o delinqüente do meio social, onde se começa a criar estabelecimentos para tirar os criminosos da vida livre.

Do ponto de vista sociológico, fundamenta-se a pena na necessidade de castigar visando garantir a ordem social considerando-se que nos grupos sociais tudo gira em torno do fim, o fim dos agrupamentos sociais orientam a sua existência, segundo muito bem observa Nogueira.[7]

As penas surgem como uma resposta do Estado, com o fito de repressão ao mal causado a sociedade. Assim, sendo segundo a doutrina as penas privativas de liberdade surgem no século XVI, generalizando-se a partir do século XVII, seu fundamento básico reformar o criminoso, de forma a reintroduzi-lo na sociedade apto a conviver sem ferir as normas.

Avaliando-se em perspectiva e, sobretudo, reportando-se as penas aplicadas em tempos remotos, as quais violavam o direito à vida e a integridade física daqueles que delinqüissem, pode-se observar um avanço fenomenal em se tratando de penas.

Relativamente a este tema, segundo César Roberto Bittencourt:

6 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 17ª ed., v. 01, São Paulo: Atlas. 2001. p. 243.

7 NOGUEIRA, Alberto. Pena sem prisão. São Paulo: Saraiva. 1956. p. 11.

> Na verdade, a questão da privação da liberdade deve ser abordada em função da pena, tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação orçamentária que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação da norma.[8]

Observa-se nesse sentido, que a história do Direito Penal é a história da própria liberdade, ou seja, de como o ser humano, através dos séculos, conseguiu, através das lutas históricas entre a força do poder temporal e da própria sociedade (*jus persequendi*) e a liberdade individual e coletiva (*jus libertatis*), para buscar, através da eqüidade, do justo, um equilíbrio racional entre tais forças.

Se não podemos, de um lado, tolher arbitrariamente a liberdade de nosso semelhante, também, pela mesma razão, não podemos expor a comunidade a riscos desnecessários, quando concretos temores de violência, examinados pela razão científica, reclamarem o segregamento, ainda que temporário, de uma pessoa.

Com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo conformando a vida? Tal resposta é muito simples: a proteção de um bem jurídico. Esse bem jurídico tem relação com a Constituição, que, ao enumerar os direitos fundamentais, estabelece os direitos principais que constituem bens jurídicos. No âmbito da realidade social é essencial para a delimitação do que será objeto de proteção do Direito Penal.

Como se vê o Direito Penal se destina a proteger os bens jurídicos mais importantes, interfere somente nos casos de lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos fundamentais, para que assim, haja o bom convívio em sociedade.

Assim, importa atentar ao fato de que os bens jurídicos só podem ser objeto de proteção do direito penal quando existe clara necessidade social, a qual com freqüência seja posta em perigo ou lesionada e cuja lesão produza real ameaça. E, desta forma, por estarem intimamente associados - o bem jurídico, a necessidade social e a norma penal – estes deverão refletir com fidelidade as transformações ocorridas na sociedade, ou seja, deverão estar expostos a permanente revisão crítica e rediscussão democrática.

8 BITENCOURT, César Roberto. Falência de pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: RT. 1993. p. 142.

É dever e objetivo da norma penal, proteger as condições básicas para o convívio social a auto-realização do homem em sociedade. Os bens jurídicos, então, têm o propósito do livre desenvolvimento do ser humano e a sua proteção implica o amparo aos princípios para o desenvolvimento do indivíduo. Nesta definição, observa-se que o conceito do bem jurídico tem como alvo a satisfação dos interesses individuais.

A sociedade, representada pelas pessoas que a integram, não tem titularidade de bens jurídicos, pois estes são, essencialmente, destinados aos indivíduos que a compõem.

O Estado, por sua vez, tem como algumas de suas finalidades a tutela da ordem pública e a persecução do bem comum, e para a realização deste fim *"ele cria um direito penal objetivo definido como o conjunto de normas jurídicas que descrevem delitos, e estabelecem sanções com o escopo de combater o crime"*,[9] criando em contrapartida sanções para aqueles que descumprirem essas normas, pois se assim não o fosse, seriam elas ineficazes.

Sérgio Salomão Shecaira, assim define o *"jus puniendi"*:

> (...) o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada ao preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica.[10]

Pois, segundo Sérgio Salomão Shecaira, o *"jus puniendi"* não representa uma faculdade do Estado, mas sim um dever, pois se trata obrigação originária da própria organização e fins por ele estabelecidos, tem assim um caráter objetivo cogente.[11]

Um ordenamento jurídico que não previsse sanções para aqueles que descumprem suas normas, com certeza não com seguiria impor sua vontade. Por esta razão, a sanção se apresenta como um mal necessário *"à obtenção da obediência da norma"*. Logo, sem a pena, o ordenamento jurídico deixaria de ser uma ordem coativa para se tornar uma recomendação não vinculante.

Destaca-se que para a própria existência, a conservação e o desenvolvimento de toda e qualquer sociedade, é indispensável à proteção de seus pilares, suas bases, as coisas que valem, que são consideradas interessantes. E assim, entre os bens jurídicos, o mais

9 SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, A. Pena e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 34.

10 Ibidem, p. 34.

11 Ibidem, p. 35.

importantes, são colocados sob a proteção do Direito Penal, que seleciona algumas formas de ataques ou de perigo de lesões, proibindo-as sob a ameaça da pena criminal. Destaca Francisco de Assis Toledo:

> A tarefa imediata do Direito Penal, é portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção dos bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui se entremostra o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como ultima ratio regum.[12]

Em suma, observa-se que o bem jurídico tutelado pelo direito penal possui valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas.

1.2. Fundamento do direito de punir e a finalidade da pena criminal

No que tange a finalidade da pena, muito importante citar os ensinamentos de Marquês César Beccaria, o qual atribuía a pena a função preventiva e não retributiva. E segundo Marco Antônio Marques da Silva:

> O direito penal liberal atribuiu à pena uma função preventiva e repressiva. A fundamentação do Direito e do Estado liberal na teoria do controle social, leva a assinalar na pena a função utilitária de proteção da sociedade através da prevenção dos delitos, porque, mesmo se constitui um dano social. Este foi o traço delineador do pensamento que serviu de base a obra que inicia o Direito Penal contemporâneo. De igual importância, teve nesta concepção, a função retributiva da pena. Kant e Hegel, apesar de suas peculiares formulações e distintos sistemas filosóficos, como expoentes máximos da filosofia, defenderam uma concepção absolutista da pena como exigência de justiça.[13]

Destaca-se que os castigos têm por fim único impedir que o culpado cometa novos crimes futuramente, tornando-se nocivo à sociedade (prevenção especial) e, também, de desviar seus concidadãos do caminho do crime (prevenção geral).

Se, a pena conseguir causar esta impressão no povo, pode-se dizer que esta impressão é eficiente. O fim da pena, então, não é (como ocorria no século XVIII), atormentar e afligir com

12 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito penal. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

13 SILVA, Marco Antônio Marques da. Juizados especiais criminais. Tese de doutorado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1995. p. 25.

castigos, principalmente físicos o ser humano, nem desfazer um crime que já foi cometido. Por isso, deve haver uma proporcionalidade entre as penas e os delitos e, ao mesmo tempo se deva escolher um meio eficaz para impressionar o povo, deve-se buscar penas menos cruéis no organismo do culpado.

Segundo Marquês Césare Beccaria:

> (...) toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica. A pena tem por objetivo devolver ao cidadão sua condição e seus direitos para torná-lo melhor. Sendo os princípios gerais para aplicação da pena que levam em conta a legislação vigente, os costumes do país, as circunstâncias.[14]

Assim sendo, as penas consideradas cruéis podem produzir fins contrários ao seu objetivo, que é o de prevenir o crime. Um deles é a dificuldade de se estabelecer uma justa proporção da pena ao delito. Outro é a impunidade, pois os feitores passageiros de um tirano não podem ser sustentados por um sistema constante de legislação, isto porque, se as leis são cruéis; ou logo serão modificadas ou não mais poderão vigorar e deixarão o crime impune.

Investigando-se o direito de punir do Estado que nasce com a prática do crime, surgiram três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena.

Segundo a teoria absolutista (de retribuição) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça, ou seja, pune-se o agente porque cometeu o crime, chamada também de *"punitur qua pecatum est".*

Para essa teoria a pena é a retribuição justa do mal injusto. É a pena quem restabelece a ordem jurídica lesada pelo crime. Não possui ela nenhum fim utilitário, para os adeptos desta teoria, que tem expoentes como o filósofo Kant, Hegel, Bekker, Stahl, etc. Sem sucesso, procuravam eles não confundir esta retribuição com castigo, ora atribuindo-a um caráter divino (Bekker e Stahl), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel e Pessina).

Júlio Fabbrini Mirabete, ao apontar Kant, explica que o mesmo dizia que a pena é um aplicativo categórico, conseqüência natural do delito, uma retribuição, pois o mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça.[15] Assim, o castigo era imposto como por uma exigência ética, não se vislumbrando qualquer conotação ideológica nas sanções penais.

14 BECCARIA, Césare. Dos delitos e das penas. Trad. Florio de Angelis. Bauru: Edipro. 1993. p. 63.

15 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 244.

Em suma, tal teoria trata especificamente da punição como conseqüência direta do crime, ou seja, pune-se porque houve o cometimento do crime. Tal entendimento segundo Manoel Pedro Pimentel, deixou de lado a preocupação com pessoa do infrator, sendo este o ponto fraco da referida escola que a tornou vulnerável a severas críticas.[16]

Nas teorias relativas (utilitárias), a pena esteve atrelada a um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. Nesse sentido, o crime não seria a causa da pena, mais sim a ocasião para ser aplicada. Pois, segundo essa teoria a pena era dada um fim exclusivamente prático, em especial o da prevenção, ou seja, era uma intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. Sendo o Estado a convivência humana de acordo com o Direito e sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo através da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), já dizia o precursor do Positivismo, Feuerbach. Como ele, Romagnosi, Jeremias Bentham e Beccaria advogavam que a pena só poderia ser aplicada em razão de sua utilidade. Diziam que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas se justifica pela sua utilidade. A finalidade da pena seria, assim, a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e a prevenção especial, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, corrigindo-o. Já, Garófalo, acrescentando, acentuava que o fim da pena deveria ser a readaptação do criminoso ao convívio social. A sanção seria um meio de defesa social adaptado à personalidade do delinqüente. Romagnosi chegou a sustentar não ser necessária a punição quando se tivesse a certeza moral de que o delinqüente não reincidiria.

Desta forma, tal teoria justifica a punição como meio para que não se cometa o crime novamente. E assim, segundo Feurebach, pai do Direito Moderno e percussor do Positivismo, entendia que a finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o direito, então, sendo o crime a violação do direito, deve o Estado impedi-lo por mio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação).[17]

Por fim, segundo as teorias mistas (ecléticas) as duas correntes foram fundidas. A punição se justifica tanto como represália ao ato criminoso, quanto como forma para que este ato não seja cometido novamente.

16 PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 54.

17 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 244.

São marcadas pelo endereço retributivo, sendo a pena, concomitantemente, um meio de educação e de correção. O caráter intimidatório é característica conjuntural. Essas teorias fundem as duas correntes anteriores, sendo o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas. A pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Objetiva a pena transformar o criminoso em um "novo homem", respeitador da ordem social e da lei, de sorte que a eficácia da pena está em relação direta com a estatística da reincidência.[18]

Desde a origem até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente retributivo, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, porque a retribuição, sem a prevenção, é vingança, e a prevenção, sem a retribuição, é desonra. A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais proclama o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

Com o advento desta teoria passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e prevenção. Assim destaca Julio Fabbrini Mirabete que com o surgimento da Escola de Defesa social, de Marc Ancel, tem-se buscado instituir um movimento de política criminal humanista fundado na idéia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora).[19]

Paralelamente, esses três agrupamentos de posições deram início ao desdobramento de várias outras teorias para fundamentar a aplicação da pena.

A Teoria Retributiva agrupa todas as argumentações que identificam na pena o seu aspecto fundamental: o castigo. De acordo com essa concepção, a pena não busca alcançar qualquer finalidade, busca, tão somente, a idéia de justiça, e assim constituiria um fim em si mesma. Esta teoria, ao relacionar a pena diretamente à conduta do criminoso, sem qualquer outra pretensão além do castigo, trouxe grande aprimoramento ao Direito Penal, na medida que impôs uma limitação ao poder Estatal: a pena deveria ser condizente com a conduta criminosa, pois a retribuição representa proporção, suscitando desta forma o princípio da proporcionalidade da pena.

18 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1. p. 263.

19 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 244.

Ainda segundo esta teoria, a pena não tem uma finalidade, pois contem um fim em si mesma: realizar a justiça, mediante retribuição do malfeito pelo infrator da norma penal, infligindo-lhe outro mal, que é o sofrimento criminal, seja ela de morte, de suplicio, de privação de liberdade, perpetua ou por tempo determinado.[20]

Um dos opositores dessa teoria foi Claus Roxin, que segundo Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, este assim entendia que *"não pode se admitir este fundamento, pois é um mero ato de fé, que prescinde de racionalidade"*.[21]

Ainda, segundo Sérgio Salomão Schecaria:

> A retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito, e com a dignidade humana - pois é impensável que alguém possa pagar o mal cometido com um segundo mal, que é a expiação através da pena.[22]

Apesar das críticas, este princípio trouxe várias contribuições, inclusive sobre a proporcionalidade da pena, uma das bases da legislação penal.

A primeira delas é a Teoria Intimidatória ou de Prevenção, sucedendo a Teoria Retributiva apoiada na idéia de defesa social, propicia o surgimento das teorias preventivas da pena, formuladas a partir da nova Escola Positiva, que entendia ser função da pena inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos. Após atravessar as fases: natural da reação defensiva (vingança privada), religiosa (vingança divina), ética de penitência medieval (vingança pública) e jurídica da escola clássica, tem-se agora, portanto, a escola positiva e a fase social, segundo as quais a pena não deve ser mais retribuição por uma falta moral com um castigo proporcionado, e sim um conjunto de medidas sociais preventivas e repressivas, que correspondem melhor a natureza do crime, ou seja, uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade.

Essa teoria, classificada como Relativa, também ficou conhecida como Teoria Unitária, pois prega uma utilidade efetiva para a pena. Para seus adeptos, *"a pena deve ter uma utilidade prática, ou seja, impedir a prática delituosa"*.[23] Essa teoria confere à pena uma

20 TELES, Ney Moura. Direito penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998. p. 35.

21 SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, A. Op. cit., p. 100.

22 SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, A. Op. cit., p. 100.

23 Foram adeptos dessa teoria: Feuerbach (que, em 1801, escreveu o Tratado de Direito Penal alemão); Jeremias Benthan (que entendia que o fim último da pena é a intimidação); Von Liszt e Marc Ancel (os quais ressaltavam a necessidade de recuperação do criminoso).

utilidade que é a prevenção. O grande mérito dessa teoria está em ressaltar o processo educativo da sociedade.

A Teoria Correcionista representa uma variação da teoria da prevenção especial, surgindo a Teoria Correcionista, cujos seguidores defendem que aplicação da pena não se justifica no temor ou na coação do criminoso, mas sim na recuperação. Desta maneira, *"a pena não pode castigar, perseguir ou retribuir a prática do crime, mas educar o delinqüente para que não cometa outros crimes"*.[24]

A Teoria de Defesa fundamenta-se no fato de que todo criminoso, ao agredir a sociedade com seu ato delituoso, atinge toda esta sociedade, que sofre com esta agressão. Deve, pois, sofrer uma pena que venha a influir no seu futuro, para assim modificar seus atos para o bem. Não tem a pena o intuito de vingança, muito menos de aflição; apenas que este ato cause-lhe temor, de forma a prevenir futuros atos negativos, para não prejudicar a sociedade, e seu objetivo é social.

A Teoria Unitária reuniu todos os pontos positivos das doutrinas estudadas, e, ao entender desta, deve a pena conter em seu conteúdo parcela de retribuição, de ressocialização e de prevenção, tendo sido, este sistema, denominado de Teoria Mista.

Até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, e castigo, porém, acrescentou-se a mesma uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. Tal fato é tão concreto quanto ao fato de que o crime é um fenômeno social que muito provavelmente não será extirpado da face da Terra.

E, o Direito Penal, como protetor dos bens jurídicos mais importantes, das lesões mais graves, deve, nesse sentido, encontrar as modalidades de penas, para responder aos delitos praticados.

1.3. Breve histórico no ordenamento jurídico pátrio

No Brasil, antes de 1.500, as sociedades existentes em nosso território, primitivas, rudimentares, encontravam-se ainda na fase da vingança privada, marcada inclusive com a imposição do talião.

24 Esta teoria ficou conhecida como a Teoria da Reforma, ou Teoria da Emenda. Alcançou seu ponto de expressão máxima na Espanha, por intermédio de Pedro Dourado Monteiro. GALVÃO, F. Aplicação da pena. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 35.

Já no período colonial, segundo as Ordenações Afonsinas quando Cabral aportou na Bahia, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1.446, por D. Afonso V, é certo, de normas oriundas do direito romano, canônico e costumeiras. Desta forma, no famigerado Livro V é que se encontravam as normas de Direito Penal. Nesta época, vigorava a vingança publica e, como tal, algumas de suas notas características não podiam deixar de ser: a crueldade das penas, a inexistência de direito de defesa e do princípio da legalidade.

Tais normas tiveram pouca aplicação em nosso território tendo vigência ate 1.514, nos primeiros anos após a chegada dos portugueses.

Posteriormente, foram editadas as Ordenações Manuelinas em 1.514, por ordem de Dom Manuel, o Venturoso, para assim consolidar o direito português, novamente é no Livro V das Ordenações que é encontrado o Direito Penal, que valeu por quase um século, ou seja, até 1.603.

Em 1.603 foram editadas as Ordenações Filipinas, de Felipe II, da Espanha, reinando também em Portugal, onde vigoravam mesmo depois de 1.640, ano da restauração da independência de Portugal, vindo punir em 1.792, no Brasil, o mártir da independência, Joaquim José da Silva Xavier.[25] Porém, em quase nada eles se distinguiam das Ordenações Manuelinas e Afonsinas, pois as punições continuavam severas e cruéis, onde era inexistente o princípio da reserva legal e do direito de defesa.

As Ordenações foram o primeiro sistema jurídico aplicado no Brasil (Ordenações do Reino), as quais tratavam de matéria de Direito Penal e Processual. São verdadeiras barbaridades, quanto à pena, as sanções que ali estão registradas. Ao apreciar o compendio das ordenações que a pena de prisão tinha, muito mais com aspecto de provisória e preventiva, e liminarmente de aguardo de uma pena definitiva, ou ainda, de coercitividade para o pagamento de alguma pecúnia. Muitas vezes era aplicado, como pena principal, o degredo, o castigo cruel e físico, bem como, em inúmeros casos, a pena de morte e as formas mais diversas de pena como o suplício, a forca e o fogo.

Com o advento da independência, procurou-se, em breve tempo, instituir os diplomas jurídicos brasileiros, como o Código Penal e o Código de Processo Penal, acolhendo com muita propriedade os ensinamentos dos iluministas europeus que se impunham na época e abandonando os preceitos e as amarras da era dos grandes reinos medievais. Estes princípios

25 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 48.

valorizavam a pessoa humana, entre eles o princípio da irretroatividade da Lei Penal, da igualdade de todos perante a Lei[26] como se lê em Jayme Altavila, da individualização da pena, e o da utilidade do fim social da pena, que por determinação constitucional aboliu todas as penas consideradas cruéis, inclusive a pena de morte e a perpétua, determinando preceitos e formas para o tratamento do preso.

Com o Império, e pôr força das influências dos filósofos europeus, ocorrera grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro. A pena passa a ser vista também como instrumento de educação e de reforma moral para o condenado.

A primeira Constituição de 1.824 incorporou importantes princípios, tais como, a lei penal não terá efeito retroativo; todos são iguais perante a lei; nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente; e determinou a abolição dos açoites, torturas, marcas de ferro quente e penas cruéis.

Na República, após a libertação dos escravos e a abolição das penas infames permitiam-se apenas a prisão cautelar, banimento, interdição, a suspensão e a perda do cargo público e de multa. Encontrava-se então no ordenamento penal a determinação da proibição das penas infames - qualquer pena não passaria de trinta anos. Embora, no auge do liberalismo, os diplomas penais fossem excessivamente cruéis, com a constatação de medidas de punições e correções exageradas. O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1.923, manteve as formas das sanções, seguindo os moldes do código de 1.890.

A Constituição de 1.891 incorporou outros princípios fundamentais, tais como, ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e não forma por ela regulada; nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente; tendo expressamente abolido as penas de galés (confirmando o Decreto do Governo Provisório), de banimento e a pena de morte, exceto para os crimes militares em tempo de guerra.

26 ALTAVILA, Jayme. Origem do direito dos povos. 3a ed., São Paulo: Melhoramentos. 1963. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão admitidos pela Convenção Nacional, em 1793, e afixada no lugar das suas reuniões "O povo Francês convencido que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem, são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que, todos, os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com o fim de toda a instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania: par a que o Povo tenha sempre diante dos olhos as bases de sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra de seus deveres, o legislador, o objeto de sua missão. Em conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão seguinte:

I - O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.

II - Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

III - todos os homens são iguais por natureza e diante da Lei".

A Constituição de 1.934 traz novos preceitos, tais com: a lei só retroagirá quando beneficiar o réu, bem como não será concedida a Estado estrangeiro a extradição por crime político ou de opinião, nem em caso algum de brasileiro.

Ocorreu, contudo, a edição do Código Penal atual, com o Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1.940. O projeto de 1.969, que não entrara em vigor com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1.984, e, hoje, sob a égide da Constituição Cidadã, a qual impõe em seu texto e na sociedade os direitos individuais, têm como um dos fundamentos constitutivos do Estado à dignidade da pessoa humana, e leva a uma reflexão sobre os exageros da forma de punir.

Este novo Código apesar do autoritarismo incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal.

Hoje, isso é objeto de grandes polêmicas sobre a eficácia real das penas, inclusive, discutindo-se ainda a validade das penas privativa de liberdade, e o seu reflexo na sociedade. Foram introduzidas no ordenamento, com reflexos bastante positivos, as penas restritivas de direitos, mais bem conhecidas como penas alternativas. E ainda, com o advento da Lei nº 9.099/95, foi inserida uma nova forma de solucionar, nos delitos de potencial ofensivo pequeno, a punição e também a reparação do dano, a transação penal, onde o averiguado assume o compromisso de cumprir as determinações propostas, e após o cumprimento das mesmas encerra-se a punibilidade, sem ter havido sequer processo. No entanto, ao aplicar a sanção de penas com restrição da liberdade, a pessoa continua sendo detentora do respeito aos princípios humanos que norteiam o ordenamento jurídico, e de sua dignidade, mesmo aos olhos de quem gostaria vê-la sofrer. Para o condenado, seus direitos são plenos e exigentes. Desta forma o direito de punir deve estar equacionado aos princípios norteadores de um Estado democrático de direito.

Da leitura de Beccaria, pode-se observar que na verdade, não houve, ao menos no Brasil, nenhuma evolução no quadro prisional, pois os presos vivem os mesmos problemas do século XVIII. Assim, como a prisão como pena deveria ao menos preceder a declaração jurídica do delito, mas nem por isso deveria dispensar a previsão legal. Isto porque, ao criticar que o clamor público, as ameaças, o ódio inveterado bastavam para se permitir à prisão, expressa que os casos deveram especificar de maneira estável pela lei e não pelo juiz.

Como a situação atual não apresenta diferença ao longo da história, pode-se concluir que a chamada falência da pena de prisão não se trata de raciocínio novo. E com o passar dos

tempos chega-se aos dias atuais em que a prisão apresenta-se como pena por crime praticado, tendo, teoricamente, caráter ressocializador, preventivo e retributivo. Na verdade, apenas o retributivo é verdadeiro, porque o Estado simplesmente penaliza aquele que comete crime, sem lhe dar condições de vida digna e sem qualquer preocupação efetiva de prepará-lo para voltar a viver em sociedade.

Hoje se verifica que a intervenção do Estado, o direito de punir só é legitimo quando há a ofensividade do delito, a lesão ao bem tutelado pelo Estado.
O legislador deve descrever, de forma taxativa a ofensividade da conduta, seja em forma de lesão eu em forma de perigo de lesão, evitando que haja excessos da pretensão punitiva do Estado, afinal de contas como dizia Beccaria (parafraseando Montesquieu) *"se não deriva da absoluta necessidade, é tirânico"*. A referência é feita ao direito de punir.

Deve então o legislador expressar de maneira taxativa a ofensividade da conduta, ofensividade esta que se expressa como ocorrência efetiva de lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico tutelado pelo Estado. Justifica-se a intervenção penal justamente quando existe o conteúdo ofensivo de delito, seja ele em forma de lesão ou de perigo concreto de lesão.

O Direito Penal é na verdade um instrumento de proteção a um bem jurídico protegido pelo Estado, além de servir como meio de dissuasão de infratores em potencial através do *"jus puniendi"*, o direito de punir inerente ao Estado, que deve ser exercido a partir do instante em que ocorre a conduta ofensiva.

A conduta ofensiva é toda aquela que lesa ou ofereça este risco á sociedade, enfim, o resultado, mesmo que em potencial é indispensável. Pode gerar duvidas tal colocação quando se lê o art. 13, do Código Penal que diz que não há crime sem resultado, porém, aqui se fala do resultado jurídico, aquele que está presente em todos os delitos, que se expressa na forma de lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado pelo Estado.

Observa-se que o Estado, ao se auto-limitar, outorgou aos indivíduos direitos, inclusive constitucionais, que deverão ser observados quando tiver que exercer o seu direito de punir em razão da prática de uma infração penal por qualquer destes indivíduos. Portanto, o processo foi a forma que o Estado estabeleceu para exercer o seu direito de punir, sem ferir os direitos constitucionais do infrator, limitadores deste seu direito.

Assim, o Estado como qualquer outro cidadão, deverá dirigir-se também ao Estado-Juiz pleiteando e exercendo o seu direito de punir (representado pelo MP e pela vítima), pois está

ele impedido de auto-aplicar (executar) o direito reconhecido em lei penal editada pelo Poder Legislativo.

Hoje conforme as lições de Marco Antônio Marques da Silva o Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos "a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político", e muito embora todos reflitam na interpretação e aplicação das leis penais e processuais, destacam-se a da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os principais para a análise dos fatos de interesse jurídico-penal.[27]

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção de Estado na vida do cidadão e por essa razão os direitos fundamentais, no âmbito de poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o real alcance destes direitos. Em outras palavras, a concretização e a eficácia jurídica de um direito ocorre com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia.

Não se pode mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, característico do Estado liberal, uma vez que o Estado Democrático de Direito, pelo seu sentido crítico, não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir de uma norma, como uma verdade universal e perene, distante da realidade onde deve intervir. Os princípios que norteiam o direito penal e processual penal são as linhas mestras que estabelecem os limites de atuação do Estado na sociedade contemporânea.

E assim, finalizando com as palavras de Marco Antonio Marques da Silva "o poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o Direito Penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo", enquanto a sua aplicação cabe ao poder judiciário.[28]

Valendo lembrar que, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

27 SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso a Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

28 Ibidem, p. 06.

2. Do Inquérito Policial

2.1. Conceito

Com a Lei nº 2.033, de 20.09.1871, regulamentada pelo Dec.-lei 2.824, de 28.11.1871, surgiu no Brasil o inquérito policial com essa denominação. O art. 42 daquele diploma legal o definia nos seguintes termos: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito". Incumbe à Polícia Judiciária a elaboração do inquérito.

Para o doutrinador Fernando Capez o inquérito policial é assim conceituado:

> Conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30). Como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.29

Importa frisar as lições de E. Magalhães Noronha, o qual destaca que no sistema processual adotado pelo Código, é o inquérito "preliminar ou preparatório da ação penal", conforme se lê no item IV da Exposição de Motivos.30

Assim, sendo é diante do inquérito policial que se colhe os elementos que seria impossível ou difícil de se obter na instrução judiciária, tal como, o auto de flagrante, exames periciais, declarações do ofendido.

Importa ainda destacar o que reza a lei acerca do mesmo em seu art. 4º do Código de Processo Penal:

> Art. 4º - A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
>
> Parágrafo único - A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida à mesma função.

29 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66.

30 NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

É, então, o inquérito policial instrução de caráter provisório, como se diz na Exposição de Motivos. Não é ele processo, mas sim "procedimento administrativo"31, destinado, na linguagem do art. 4º, supratranscrito, procedimento que visa apurar a infração penal e a sua autoria.

Assim sendo, trata-se de todo procedimento policial destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. E dele se encarrega a polícia judiciária, conforme será demonstrado no tópico seguinte deste estudo.

O pressuposto básico para a instauração do inquérito policial é a ocorrência de fato típico. Como bem lembra César Peres, em interessante artigo sobre o tema:

> (...) nada importa constate-se, ao depois, não haver crime, por ocorrência de causa justificante ou exculpante: a pressuposição do inquérito não é o delito, mas a mera adequação do fato – de maneira formal e material – à lei penal (tipicidade). (...) A tipicidade (...), para além de formal (mera subsunção à descrição legal), há também de ser material, ou seja, deve haver real lesividade ao bem jurídico tutelado. Nessa senda, não são sequer típicas condutas, v.g., como a do médico, nas intervenções cirúrgicas regularmente realizadas; as lesões esportivas ocorridas no contexto do esporte; piercings, e outros que tais, quando consentida por pessoa capaz; a subtração de um refrigerante, por um empregado, a uma família abastada etc. É que, nesses casos, os bens jurídicos – a integridade física e o patrimônio – não são substancialmente agredidos.32

Resumindo, podemos dizer que inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a 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 concreto.

2.2. Polícia Judiciária

Vale primeiramente citar as lições de Capez, o qual enfatiza que "a polícia é uma instituição de direito público, destinada a manter a paz pública e a segurança individual".[33]

A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

A polícia judiciária atua após a prática do crime, com a finalidade de *"colher elementos que o elucidam e evitar que desapareçam, para que mais tarde possa haver lugar para a ação*

31 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 22.

32 PERES, César. Inquérito policial: ato discricionário ou vinculado. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 12, n. 139, p. 18-19, jun. 2004.

33 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 66.

penal".[34] A sua função é repressiva, e possui atividade administrativa. Trata-se de função investigatória destinada a auxiliar a Justiça.

Segundo Capez a polícia judiciária exerce a função de auxiliar à justiça (daí a designação), e:

> (...) atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. Possui a finalidade de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la. Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado. Atribuída no âmbito estadual às policias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, sem prejuízo de outras autoridades (CF, art. 144, § 4º); na esfera federal, as atividades da polícia judiciária cabem, co exclusividade a polícia federal (CF, art. 144, § 1º, IV).

O Código de Processo Penal, em seu art. 4º, refere-se expressamente a polícia judiciária, as é claro que a autoridade policial não é juiz, não julga nem decide o litígio entre as partes. Magalhães de Noronha cita as lições de José Frederico Marques para explicar que: *"os órgãos da polícia judiciária possuem competência de caráter judicial, sendo que sua missão consiste em ajudar a justiça no cumprimento dos fins do processo".*[35] Não é ela, pois, órgão jurisdicional, em que pese a expressão *"polícia judiciária"* ser tradicional entre nós.

Assim sendo, é a polícia judiciária o órgão auxiliar da justiça, o qual prepara o inquérito que servirá de base e fundamento para a propositura da ação penal.

2.3. Competência e atribuições

A competência para a elaboração do inquérito é territorial, tendo por base o local onde ocorreu a infração. Em casos especiais, tal competência encontra sua razão de ser na natureza do fato, de modo que pode a Polícia extrapolar seu campo de ação, abrangendo áreas fora de sua jurisdição.

Em outras palavras, salvo algumas exceções a atribuição para presidir o inquérito policial é outorgada aos delegados de polícia de carreira, conforme art. 144, §§1º e 4º, da Constituição Federal, e conforme as normas de organização policial dos Estados.

Tal atribuição, contudo, pode ser fixada quer pelo lugar da consumação do crime (*ratione loci*), quer pela natureza desta (*ratione materiae*).[36] No interior, a autoridade policial

34 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 21.

35 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 21.

36 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 67.

não poderá praticar qualquer ato fora dos limites da sua circunscrição devendo, se assim necessitar, por precatória ou por rogatória, conforme o caso, pedir a cooperação da autoridade local com atribuições para tanto.

Na capital, contudo, também dividida em circunscrições, a regra não é a mesma, porto que, "no Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, *ordenar diligências em circunscrição de outra, independente de precatórias ou requisições,* e bem assim providenciará, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em que sua presença, noutra circunscrição", conforme art. 22, do Código de Processo Penal.

E segundo os arts. 190 e 308, do CPP, a atribuição para a lavratura do auto de prisão em flagrante é da autoridade do lugar em que se efetivou a prisão, devendo os atos subseqüentes ser praticados pela autoridade do local em que o crime se consumou.

O art. 4º do CPP usa o termo jurisdição. Tal expressão é imprópria, uma vez que jurisdição diz respeito à atividade dos órgãos jurisdicionais. Somente os juízes têm jurisdição. Melhor seria que a lei processual tivesse empregado outra expressão, tal como *"circunscrição"*, o espaço dentro do qual a autoridade policial pode desenvolver suas atividades.

Nesse sentido, Magalhães de Noronha assim sustenta acerca da correção que deveria ser feita sobre a imperfeição existente desde a feitura do Código, para assim substituir a *"expressão jurisdição por circunscrição"*, esta última caracterizadora da atividade policial.[37]

Determina o art. 4º, por essa forma, que a atividade policial deve ser exercida dentre em determinados limites territoriais, isto é, cada autoridade age em sua circunscrição, embora uma possa invadir a de outra.

E por essa razão, o legislador deu nova redação ao *caput* do citado artigo, incluindo no lugar de jurisdição o termo circunscrição. A referência no parágrafo único a competência também não é exata, melhor se houvesse dito o legislador *"atribuição"*.[38]

De qualquer forma, o termo competência deve ser tomado em seu sentido vulgar, como poder conferido a alguém para conhecer de determinados assuntos, não se confundindo com

37 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 22.

38 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. .67.

competência jurisdicional, que é a medida concreta do Poder Jurisdicional, sustenta Fernando Capez.[39]

A Lei nº 9.043, de 09 de maio de 1995, que corrigiu essa imprecisão terminológica em que tinha incidido o legislador no caput do citado dispositivo legal, mas o uso incorreto do termo competência no parágrafo único foi mantido.

2.4. Natureza

Para falarmos sobre a natureza do inquérito, devemos recorrer ao disposto no art. 9º da lei processual penal: "todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade".

Segundo Julio Fabbrini Mirabete não é o inquérito policial "processo", mas sim procedimento administrativo, o qual se destina ao órgão da acusação para reunir o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal.40

Da mesma forma, e quase com as mesmas palavras assim se manifesta E. Magalhães de Noronha acerca da natureza do inquérito policial é, então, o inquérito instrução provisória, como ainda se fala na Exposição de Motivos. Não é ele processo, mas sim procedimento administrativo, destinado, na linguagem do art. 4º, a apurar a infração penal e a autoria.41

2.5. Características

2.5.1. Procedimento escrito

O inquérito policial é escrito. Diz a lei que serão reduzidas a escrito ou datilografadas, tal como dispõe o art. 9º, do Código de Processo Penal: *"todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade".*

E sobre tal característica muito bem observa Fernando Capez que, tendo em *"vista as finalidades do inquérito, não se concebe a existência de uma investigação verbal".*[42]

39 Ibidem, p. 67.
40 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 82.
41 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 22.
42 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 71.

2.5.2. Sigiloso

O inquérito é ainda sigiloso. A finalidade do inquérito é, antes de tudo, levar a efeito uma investigação, procura elucidar e descobrir a prática de ilícitos penais, determinando a respectiva autoria. Daí a necessidade de se manter o sigilo.

O art. 20 do CPP contém o seguinte enunciado: *"A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade"*.[43]

A autoridade deve assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato. E daí, deve-se frisar que "o direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurado pelo art. 5º, XXXIII, da Constituição federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado".[44] Não se estendendo, contudo, este sigilo ao Ministério Público, nem a autoridade judiciária.

E com relação ao advogado, segundo enuncia o Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/94 – em seu art. 7º, XIII a XV, e § 1º, poderá o advogado consultar os autos de inquérito, mas caso seja decretado judicialmente o sigilo da investigação não poderá o mesmo acompanhar a realização de atos procedimentais. Fora essa hipótese, segundo assegura o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o preso tem direito a assistência de advogado, sendo assim, não resta dúvida que poderá o advogado *"não só consultar os autos do inquérito policial, mas também tomar as medidas pertinentes em benefício do indiciado, acompanhando a produção de provas e requerendo providências e diligências necessárias a sua defesa",* sob o crivo da autoridade policial, que poderá assim deferi-las ou não.[45]

43 Sobre o sigilo do inquérito policial em relação ao advogado, o STF decidiu recentemente que: "perfeitamente possível manejar-se o habeas corpus para se discutir a matéria, pois "(...) o cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade; ii) malgrado não se apliquem as garantias do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, existem, não obstante, 'direitos do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio'; iii) 'do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial – é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade". (Min. Sepúlveda Pertence).

44 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 71.

45 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 84.

Ademais, vale ressaltar ainda que, o sigilo no inquérito policial deverá ser observado como forma de garantia da intimidade do investigado, resguardando-se assim seu estado de inocência.

O chamado princípio da publicidade harmoniza-se com o processo e não, com o inquérito policial. Mesmo assim, em determinados casos, até mesmo no processo o sigilo é observado (CPP, art. 486 – sigilo da votação no julgamento pelo Tribunal do Júri).

2.5.3. Oficialidade

Vale ressaltar ainda que o inquérito seja também revestido de oficialidade, o inquérito policial é uma atividade feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, e como ressalta Capez *"ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido".*[46]

2.5.4. Oficiosidade

No que tange a característica oficiosidade não precisa de provocação para ser instaurado, e sua instauração é obrigatória diante da notícia de uma infração penal, exceto quando é ação penal pública condicionada e ação penal privada.

Tal característica corolário do princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação penal pública significa que as autoridades policiais não dependem de qualquer espécie de provocação, sendo a instauração do inquérito policial obrigatória diante da notícia de uma infração penal, conforme reza o art. 5º, I, do Código de Processo Penal.[47]

2.5.5. Autoritariedade

É presidido por autoridade pública, no caso, a autoridade policial.

É exigência expressa pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 144, § 4º, reza que o *"inquérito policial deverá ser presidido por uma autoridade pública",* que no caso é a autoridade policial.

46 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 72.

47 Ibidem.

2.5.6. Indisponibilidade

Significa a indisponibilidade que é o inquérito policial indisponível, pois após sua instauração, não pode ser arquivado pela autoridade policial, segundo reza o art. 17, do Código de Processo Penal.

O tópico 2.12 desse estudo tratará melhor do assunto.

2.5.7. Inquisitivo

O inquérito representa simples informação sobre o fato delituoso e também sobre a identidade do seu autor. Por isso não se sujeita ao princípio do contraditório. É inquisitivo, pois a autoridade comanda as investigações com maior liberdade de ação, não havendo um rito ou procedimento preestabelecido.

Nas palavras de Fernando Capez, caracteriza-se como inquisitivo:

> (...) o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e sigiloso, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa.[48]

Para entender o caráter inquisitivo do inquérito basta atentar para o fato de que a autoridade pode atuar com certa discricionariedade, empreendendo todas as investigações visando a elucidar o fato infringente da norma. Se o inquérito é sigiloso, é também uma investigação inquisitiva. Desde que instaurado, a autoridade policial o conduz procurando atingir a sua verdadeira finalidade, que é obter os esclarecimentos sobre o fato e a sua autoria. Não se permite o contraditório. Ou seja, se não fala em acusação, não se fala em defesa.

Para se aferir o caráter inquisitorial do inquérito policial, basta atentar para o disposto no art. 107 do CPP: *"Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos autos de inquérito, mas deverão elas declararem-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal".*

Valendo frisar que os únicos inquéritos que admitem o contraditório são: o judicial, para apuração de crimes falimentares; o instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da

48 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 72.

Justiça, visando à expulsão de estrangeiro, sendo que neste último o contraditório é obrigatório.[49]

2.6. Valor probatório

Quando regularmente realizadas as diligências, o inquérito contém peças de grande valor probatório. Aponta-se, entre outras, os exames de corpo de delito e o auto de prisão em flagrante.

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a devida propositura da ação penal. Desta forma, entoa, possui o inquérito policial valor probatório, embora seja de valor relativo, haja vista que os *"elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz"*.[50]

É verdade que o inquérito policial é uma peça de informação. Não chega a ter a consistência do conjunto probatório obtido em juízo, quando as garantias do agente ou autor do delito são plenas. Numa fase em que existe o contraditório, ou seja, acusação e defesa, as possibilidades de obtenção de provas são maiores. Não se pode, contudo, negar ao inquérito policial o seu devido valor como integrante de um conjunto de provas cuja finalidade é formar a livre convicção do julgador, na busca da verdade real.

Segundo Mirabete, quando extrajudicial (e, portanto, sem as garantias do Juízo), *"é insuficiente, por si só, para embasar uma condenação, mas deve ser admitida como prova para condenação quando amparada em outros elementos colhidos nos autos"*.[51] A necessidade de estar em sintonia com o conjunto probatório aplica-se depoimentos das vítimas *"que sejam suspeitos, dependendo do caso concreto, estando em sintonia com outras provas dos autos merecem fé, podendo servir de suporte a um decreto condenatório"*.[52]

Advirta-se, por fim, que, nos termos do art. 17 do CPP, a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito. Tal incumbência é do Ministério Público quando,

49 Ibidem, p. 73.

50 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 73.

51 E ainda: "a retratação em juízo da confissão policial ou judicial tem efeitos relativos. Embora possa ser aceita quando não há prova qualquer a amparar a imputação, de nada vale quando desacreditada por outros elementos probatórios, como a apreensão da res furtiva, o depoimento das testemunhas visuais etc." (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 314.)

52 Ibidem, p. 317.

apreciando os elementos de informação, concluir pela necessidade de requerer o arquivamento. É função específica do Ministério Público, uma vez que, em se tratando de crimes *dominus litis*, o senhor da ação. Tanto é assim, que nem mesmo o juiz o pode arquivar sem o requerimento do Ministério Público.

Acerca do assunto, na obra do doutrinador Fernando Capez encontramos algumas jurisprudências, *in verbis*:

> INQUÉRITO. VALOR PROBATÓRIO (STF): "Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial, pois se viola o princípio constitucional do contraditório". (RTJ, 59/786).
>
> INQUÉRITO. VALOR PROBATÓRIO (TACrimSP): "O inquérito é peça meramente informativa, destinada tão-somente a autorizar o exercício da ação penal. Não pode, por si só, servir à sentença condenatória, sob pena de infringir o princípio do contraditório, garantia constitucional". (JTACrimSP, 70/319).

Valendo, aqui por fim, destacar a posição de E. Magalhães de Noronha, o qual destaca que não obstante a natureza inquisitorial da investigação da polícia, não se pode *"de antemão repudiar o inquérito como integrante do complexo probatório que informará a livre convicção do magistrado"*.[53] Claro que, se a instrução judicial for inteiramente adversa aos elementos que ele contém, não poderá haver a sua prevalência.

2.7. Do procedimento

A lei não estabelece um rito para o inquérito policial. Dispõe apenas no art. 6º do estatuto processual que, *"logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: promover diligências, se possível, dirigindo-se ao local para adotar providências no sentido de que não seja alterado o estado de conservação das coisas"*.

Deverá promover também *"a apreensão dos instrumentos e objetos que tiverem relação com o fato; colher as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, pois se este levou à autoridade a comunicação do crime poderá dar informações mais detalhadas; deve ouvir a pessoa apontada como autora do fato punível, que na fase de inquérito recebe o nome de indiciado e não de acusado",* ainda segundo reza o art. 6º, do Código de Processo Penal.

53 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 29.

Ao ouvir o indiciado, deverá: *"identificá-lo pelo sistema datiloscópico; juntar informações sobre os seus antecedentes; consignar, no termo respectivo, as suas declarações, bem como as recusas em responder às perguntas que lhe forem feitas"*. A autoridade policial deverá, ainda, colher a assinatura de duas testemunhas que tenham ouvido a leitura do interrogatório.

Cumpre à autoridade policial, ainda na fase de inquérito, proceder ao reconhecimento de pessoas e de coisas, bem como às acareações que arts. 226 a 230 do Código de Processo Penal. Incumbe, mais, à autoridade policial, determinar a realização do exame de corpo de delito. O art. 158 do Código de Processo Penal dispõe que, *"quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado"*. A matéria vem regulada pelos arts. 158 a 184 da lei processual. Com o exame de corpo de delito, verifica-se a existência de elementos relacionados com a materialidade da infração penal.

Determina, finalmente, o Código de Processo Penal em seu inciso XX do art. 6º, que a autoridade deverá averiguar a vida pregressa do indiciado sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes, durante e depois do crime, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Tal averiguação sobre a pessoa do indiciado, se bem feita, como deve ser, em muito contribuirá para o trabalho do Juiz, quando da aplicação da pena (CP, art. 59). É que, ao dosá-la entre limites mínimo e máximo, o magistrado, além de outros fatores, leva em consideração as condições pessoais do agente.

Em caso de necessidade, pode a autoridade policial, nos termos do art. 7º da lei processual, determinar a reconstituição do crime, ou seja, a reprodução simulada dos fatos.

Nos três próximos tópicos falaremos das ações penais e inquérito policial. Para tanto, inicialmente cumpre aqui tecer breves considerações acerca das ações penais previstas no Código processual brasileiro.

Segundo as lições de Antonio Scarance Fernandes, a ação, vista a sua generalidade, *"é o direito à prestação jurisdicional"*. Sendo que, no âmbito criminal, *"a ação é o mesmo direito,*

por meio do qual seu titular pleiteia a condenação daquele a quem imputa a prática de determinada infração penal".[54]

Várias são as classificações das ações penais, e da ação penal condenatória, mas a que mais influi nos estudos do processo penal é a que está assentada na diversidade do titular do direito de ação.[55] E segundo esse critério, são três as espécies de ação penal condenatória: ação penal pública, ação penal provada e ação penal popular.

Destaca-se, que na primeira, o titular é o Estado; na segunda é o ofendido, seu representante legal ou sucessores, e na última qualquer pessoa do povo. Ainda segundo Antonio Scarance Fernandes, tal terminologia é muito imprecisa, pois *"ação penal é sempre pública, eis que, em qualquer de suas modalidades, se destina à efetivação de normais penais, que são de caráter público".*[56] Contudo:

> (...) a classificação em ação penal pública, privada e popular revela a realidade da diversidade de sua titularidade, tendo grande relevância prática e teórica no estudo do processo penal. Uma coisa é o direito de punir, que pertence sempre ao Estado; outra coisa é o exercício do direito de ação, que pode ser atribuído ao particular ou a qualquer do povo. Poderia, como já se tem feito, para maior clareza afirmar-se que se trata de ação de iniciativa pública, de ação de iniciativa privada e de ação de iniciativa popular.[57]

Feita tais considerações, passamos a analisá-las uma a uma.

2.7.1. Inquérito policial nos crimes de ação penal pública incondicionada

Pela sistemática do Código Penal, em regra, os crimes são de ação penal pública, iniciando-se o processo com a denúncia oferecida pelo Ministério Público. Nesses casos – crimes de ação penal pública – a autoridade policial, tomando conhecimento do fato, poderá instaurar o inquérito de ofício. Geralmente o que ocorre é que a autoridade policial toma conhecimento do fato dotado de tipicidade através da chamada *notitia criminis*.

Deverá, então, instaurar o inquérito de ofício, iniciando o procedimento de investigação nos termos do art. 5º, nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado: *"I – de ofício"*.

54 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177.

55 Ibidem.

56 FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 179.

57 Ibidem.

Como a regra é o crime ser de ação penal pública, o Código Penal sempre se refere aos casos de exceção, isto é, aos casos em que a iniciativa da ação é privativa do ofendido (ação penal privada). Para que a ação penal seja privada é necessário que a lei expressamente o declare. Por exemplo, o art. 145, Código Penal, quando dispõe que a iniciativa da ação cabe ao ofendido nos crimes contra a honra (somente se procede mediante queixa). Cabe à autoridade procurar saber também se o fato comunicado não constitui crime de ação penal pública condicionada.

A iniciativa desta cabe ao Ministério Público, porém, depende o órgão titular da ação penal de manifestação do ofendido, ou de seu representante legal. Essa manifestação, que tecnicamente recebe o nome de do que a expressão da vontade da vítima ou de seu representante legal, no sentido de permitir ao Estado que desenvolva as atividades necessárias à investigação da infração penal e apuração da autoria.

Em outras palavras, a autoridade policial poderá instaurar o inquérito policial de quando se tratar daqueles casos em que não se exige a manifestação do ofendido ou não fica a seu cargo promover a ação. Ressalvando que, somente nos casos de ação penal pública incondicionada é que, a autoridade policial, para a instauração do inquérito, age de ofício, por iniciativa própria.

Tem início o inquérito policial, também, quando se trata de crime de ação penal pública incondicionada, através de requisição da autoridade judiciária ou do órgão do Ministério Público.[58] Imaginemos que chegue ao conhecimento de um Juiz a notícia de um crime que seja de ação penal pública incondicionada. O Magistrado poderá requisitar que a autoridade policial instaure o inquérito. O mesmo se diga em relação ao Ministério Público. Tomando conhecimento, o Promotor Público, da ocorrência de um fato com as características de delito, poderá requisitar à autoridade policial a instauração do competente inquérito.

A própria vítima poderá provocar a abertura do inquérito policial nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada. É o que reza o art. 5º, II do Código de Processo Penal *"a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo"*.

Dependendo da maneira como a notícia do fato é levada ao conhecimento da autoridade policial, nos crimes de ação penal pública incondicionada, a peça inaugural do inquérito poderá ser:

58 GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- a Portaria da autoridade policial;

- a requisição da autoridade judiciária;

- a requisição do Ministério Público;

- o requerimento do ofendido ou de seu representante legal;

- em casos de exceção, o auto de prisão em flagrante.

2.7.2. Inquérito policial nos crimes de ação penal pública condicionada

O art. 5º, § 4º, do Código de Processo Penal trata desse assunto da seguinte forma: *"o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado"*.

A representação, já dissemos, é a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, permitindo que o Estado atue no sentido de investigar a infração penal, determinando a respectiva autoria e aplicando a lei penal ao infrator.[59] A representação está disposta no art. 25, do Código de Processo Penal, e vale mais uma vez frisar que a mesma trata-se da manifestação do princípio da oportunidade, que informa a ação penal pública condicionada até o momento do oferecimento da denúncia.[60]

Assim sendo, autoridade judiciária e o Ministério Público só poderão requisitar a instauração do inquérito policial se fizerem encaminhar, junto com o ofício requisitório, a representação.

O Código de Processo Penal permite que o ofendido ou seu representante faça a representação diretamente à autoridade policial, ou à autoridade judiciária ou ainda ao Ministério Público. Na prática, pode ocorrer que o ofendido leve a notícia do crime, por exemplo, ao órgão do Ministério Público. Este poderá requisitar a instauração de inquérito policial, mesmo em se tratando de crime de ação penal pública condicionada. Mas o ofício requisitório terá que estar acompanhado de representação do ofendido (CPP, art. 39).

59 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

60 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 79. Cumpre aqui tecer brevemente sobre um assunto que causou uma pequena polêmica dentre os doutrinadores, acerca da possibilidade do ofendido só poder oferecer a representação se maior de 18 anos; se menor, tal prerrogativa caberá ao seu representante legal. Isso é o que já está pacificado hoje, pois com a edição do novo Código Civil, a partir dos 18 anos a pessoa adquire plena capacidade civil, cessando, a contar dessa data, a figura do representante legal. Assim, não cabe mais falar em representante legal para o ofendido maior de 18 anos e menor de 21 anos.

Existe ainda um caso de ação penal pública condicionada que reclama exame. Referimo-nos à hipótese em que a ação penal, embora pública, fica subordinada à requisição do Ministério da Justiça. Podemos mencionar os seguintes casos: *"o crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (CP, art. 5º, § 3º, letra 'b'); os crimes contra a honra, cometido contra o chefe de governo estrangeiro (CP, art. 145, parágrafo único)"*.

A lei subordinada à ação penal é dita requisição, porque há outros interesses a atender e razões de ordem política que não podem ser sacrificadas e que encontram no Ministério da Justiça o árbitro.[61]

2.7.3. Inquérito policial nos crimes de ação penal privada

Por fim, resta proceder ao exame do início do inquérito policial nos casos dos crimes de ação penal privada. Quando a ação penal for privativa do ofendido, nos casos expressamente mencionados pela lei, a autoridade policial somente poderá instaurar o inquérito a requerimento de quem tiver qualidade para intentá-la. Como conseqüência, não poderá a autoridade policial iniciar o inquérito de ofício. Igualmente não poderá a autoridade judiciária requisitar a instauração do inquérito.

Conforme o disposto no art. 5º, § 5º, do Código de Processo Penal, tratando-se de crime de iniciativa privada, a instauração do inquérito policial pela autoridade pública depende de requerimento escrito ou verbal, reduzido a termo neste último caso, do ofendido ou de seu representante legal, ou seja, da pessoa que detenha titularidade da respectiva ação penal (CPP, art. 30 e 31).

É o que diz o art. 5º, § 5º, do estatuto processual penal: *"Nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para* intentá-la". Nem mesmo o Ministério Público, poderá requisitar a instauração da investigação.

E mais adiante, no art. 30, complementa: *"Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada"*. O requerimento pedindo a instauração do inquérito, firmado pelo ofendido ou por seu representante legal, deverá conter, sempre que possível: *"a) a narração do fato com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da*

61 NORONHA, Magalhães E. Direito Penal. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 356.

infração ou os motivos de impossibilidade de fazê-lo; c) a nomeação de testemunhas, com indicação de sua profissão e residência" (CPP, art. 5º, § 1º).

Pode ocorrer que, em casos excepcionais, o ofendido ou seu representante venha a dispensar o inquérito. Aí poderá o interessado iniciar desde logo a ação penal privada. No entanto, é necessário que disponha de elementos para instruir a ação penal. Pode ainda o inquérito iniciar-se pelo auto de prisão em flagrante, mesmo nos crimes de ação penal privada. Não é de ser afastada a possibilidade de a autoridade policial, ou mesmo a vítima, prender em flagrante um indivíduo cometendo crime de ação penal privada. Nesse caso, como a iniciativa do inquérito e mesmo da ação depende da vontade do ofendido, deverá ele se manifestar expressamente, consignando-se no auto de prisão em flagrante o seu assentimento.

2.8. Incomunicabilidade do acusado

Conforme previsão no art. 21 do CPP, a incomunicabilidade do acusado pode ser decretada desde que não exceda o prazo de 3 dias. Será decretada pelo juiz competente a pedido da autoridade policial ou Ministério Público. A única pessoa que poderá comunicar-se com o acusado será o advogado (Lei nº 8.906/94 - Estatuto da OAB).

Para Tourinho Filho:

> O art. 21 do CPP foi revogado pelo art. 136, inciso IV da CF. O qual diz ora, se durante o Estado de Defesa, quando o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, ameaçada por calamidades de grandes proporções na natureza, podendo determinar medidas coercitivas, destacando-se restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio de associações, o sigilo da correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, havendo até prisão sem determinação judicial, tal como disciplina o art. 136 da CF; não se pode decretar a incomunicabilidade do preso (CF art. 136, § 3º), com muito mais razão não há que se falar em incomunicabilidade na fase de inquérito policial.[62]

Já Damásio de Jesus entende que não houve revogação do art. 21 pelo art. 136 da Constituição Federal, pois, em primeiro lugar, a proibição diz respeito ao período em que ocorrer a decretação do estado de defesa (CF, art. 136, caput), aplicável à prisão por crime contra o Estado (§ 3º, inciso I), infração de natureza política. Em segundo lugar, o legislador constituinte, se quisesse elevar tal proibição à categoria de princípio geral, certamente a teria inserido no art. 5º, ao lado de outros mandamentos que procuram resguardar os direitos do

62 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 5. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

preso.[63] Não o fez, relacionando a medida com os delitos políticos. Daí por que, segundo o nosso entendimento o art. 21 do CPP permanece em vigor.

2.9. Peças principais do inquérito policial

Já dissemos que o inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto. Para atingir semelhante finalidade, que é elucidar a autoria do crime, bem como a sua materialidade, o inquérito policial deverá ser reduzido a escrito, compondo-se de várias peças, dependendo algumas delas da própria natureza da infração praticada.

Vamos passar a examinar algumas das peças principais que compõem o inquérito.

Portaria, tal peça é válida quando o crime for de ação pública incondicionada, o que constitui regra no direito brasileiro, o inquérito será iniciado de ofício, ou seja, por iniciativa própria da autoridade policial. O Delegado de Polícia iniciará o inquérito baixando a competente Portaria. Nas palavras de Fernando Capez, *"portaria: quando instaurado ex officio".*[64]

Na Portaria inaugural, a autoridade policial declara o conhecimento da prática de um fato com as características de crime, mencionando o local, a hora, a pessoa que o praticou e aquela que sofreu a ação. Em seguida, no corpo da Portaria, determinará diligências que julgar necessárias para a respectiva apuração.

A autoridade determinará ainda as providências necessárias ao início da investigação. Determinará a autuação da Portaria, ou seja, a formação do inquérito e, ao mesmo tempo, a oitiva da vítima e, eventualmente, Ocorre que, à medida que as providências ordenadas pelo delegado vão sendo reduzidas a peças escritas, passando a compor os autos de inquérito, seguidamente tais peças retornam às mãos da autoridade. Dizemos, então, que os autos foram *"conclusos"* à autoridade policial que constantemente procederá ao exame das investigações realizadas, determinando outras providências imprescindíveis à apuração dos fatos. Haverá necessidade de a autoridade policial determinar a oitiva de testemunhas, bem como o interrogatório, a qualificação e a identificação do implicado, ou implicados, na prática do delito. De qualquer maneira, a providência inicial nos casos de instauração de inquérito pela

63 JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal anotado. 21.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

64 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 80.

prática de crimes de ação penal pública incondicionada se resumirá na Portaria subscrita pela autoridade policial. Ela inicia o inquérito e deverá conter os elementos mínimos sobre o conhecimento da prática da infração e a determinação das diligências iniciais a serem realizadas.

Além da portaria, pode-se citar outras peças inaugurais do inquérito policial, tal como:

- Auto de prisão em flagrante;
- Requerimento do ofendido ou de seu representante;
- Requisição do Ministério Público ou da autoridade judiciária; e
- Representação do ofendido ou de seu representante legal, ou requisição do Ministro da Justiça.[65]

2.10. Instauração e conclusão do Inquérito policial

Já se viu anteriormente quais são as peças inaugurais do inquérito policial.

Desta forma, poderá o mesmo ser iniciado, conforme o Código de Processo Penal – Art. 8º (da prisão em flagrante), quando estiverem presentes os pressupostos do art. 302 do Código de Processo Penal, observando-se as formalidades previstas nos arts. 304 e seguintes do mesmo Código.

Bem como poderá ser iniciado por portaria, nos demais casos.

Cumpre aqui, ressaltar que é vedada a instauração de inquérito por despacho, segundo o Código de Processo Penal, art. 5º, I.

A portaria instauradora deverá conter o relato sucinto do fato delituoso e, quando possível, a tipificação e a autoria.

Concluído o inquérito, a autoridade policial fará relatório de tudo o que foi apurado, atentando para os princípios da objetividade, da clareza e da concisão (CPP – Art. 10, §§ 1º, 2º e 3º).

A elaboração de relatório é obrigatória mesmo nos inquéritos iniciados por auto de prisão em flagrante.

No relatório deverá a autoridade fazer um histórico do fato, discorrer acerca das diligências realizadas e concluir sobre a materialidade e a autoria do delito.

65 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 81.

O cabeçalho do relatório conterá: "*a) o número do inquérito; b) as datas de início e término; c) o nome do indiciado e a indicação da folha onde consta a qualificação; e d) a incidência penal*".

Deverão ser evitadas, no relatório, transcrições extensas de termos de inquirições, cumprindo à autoridade, quando necessário, repetir apenas os trechos essenciais ao esclarecimento de exposição.

A determinação de remessa dos autos ao juízo competente não deve fazer parte do texto do relatório, por ser própria de despacho.

No Relatório, o Delegado deverá fazer o seu enquadramento da conduta do acusado, porém esta classificação poderá ser modificada pelo Promotor de Justiça no seu entender, se houver indícios da prática de outros crimes. Bem como, o juiz poderá dar outra capitulação ao fato, correção independentemente de qualquer diligência, conforme art. 383 do CPP, "*emendatio libelli*".[66]

No caso de a denúncia ser pautada em uma determinada prova e na instrução ficar evidenciada circunstância elementar nova que requeira uma pena mais grave, o juiz baixa o processo para aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, e para conseqüente defesa, conforme previsão no art. 384 parágrafo único do Código de Processo Penal *"mutatio libelli"*.[67]

A Autoridade Policial poderá ainda no seu relatório, ou antes, deste, representar pela prisão preventiva, prevista no art. 311, desde que estejam presentes os seus requisitos.

2.11. Indiciamento

Trata-se o indiciamento da imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal, sempre que houver razoáveis indícios de sua autoria, tal como é o ensinamento de Sérgio de Moraes Pitombo:

> O indiciamento contém uma proposição no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se depois como verdadeiramente, ou logicamente falsa. Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação; do mesmo modo que as denúncias e queixas, também se manifestam quais esboços da sentença penal.[68]

66 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 144.

67 Ibidem.

68 PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Inquérito policial: novas tendências. São Paulo: Cetup, 1989.

Em linhas gerais, trata-se de declaração do, até então, suspeito como sendo o provável autor de fato infringente da norma penal. E sua conseqüência é que, com o indiciamento, todas as investigações passam a se concentrar sobre a pessoa do indiciado.

O indiciado deve ser interrogado pela autoridade policial, a qual deverá identificar-se ao indiciado como seu interrogador. Após finalizado, interrogatório deverá ser lido ao indiciado na presença de duas testemunhas, denominadas testemunhas de leitura ou instrumentárias. Ao interrogatório Policial se aplicam as mesmas regras do *"Interrogatório Judicial"*.

Com a Lei nº 10. 796/03 ocorreram algumas alterações ao art. 185 do CPP, as quais são de suma importância. As principais alterações destacadas por Marcos Relvas:

> Será qualificado e interrogado na presença do seu defensor constituído ou será nomeado um para o ato. A falta do defensor constituído ou dativo acarreta nulidade do ato. (em juízo, na Delegacia não enseja nulidade)
>
> O interrogatório de acusado preso será efetuado no estabelecimento prisional em que se encontra, em sala própria, desde que estejam garantidas as seguranças da autoridade (Delegado ou Juiz) e dos seus auxiliares, a presença do defensor constituído ou dativo e a publicidade do ato. (portas abertas). Inexistindo a segurança, o interrogatório será nas formas do CPP.
>
> Deverá ser cientificado do seu direito constitucional de se manter calado. E o seu silêncio não poderá ser interpretado como confissão ou em prejuízo da defesa.
>
> – O interrogatório será em duas partes.
>
> *Sobre a pessoa do acusado:* Residência, meio de vida, profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade laboral, vida pregressa, se já foi preso anteriormente e onde está sendo processado, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros detalhes familiares.
>
> *Sobre os fatos:* Ser verdadeira a acusação que lhe é feita. Não sendo verdadeira, se conhece as pessoas a quem deva ser atribuída a prática do crime. Onde estava ao tempo em que foi cometido o crime e se teve notícia deste; as provas já apuradas; se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas; se conhece o instrumento utilizado para a prática do crime ou qualquer outro, usado para a prática da infração e tenha sido este apreendido; se conhece todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; se tem algo a mais a dizer em sua defesa; se o interrogado nega a acusação que lhe é feita; se houver mais de um acusados, estes serão interrogados em separado.[69]

69 RELVAS, Marcos. Resumo de processo penal: aspectos contratuais da relação de consumo. Curitiba: Juruá, 2004.

2.12. Prazos

O prazo para a conclusão do Inquérito Policial é de 30 dias, podendo ser prorrogado a pedido da Autoridade Policial. Não existe limitação ao número de pedidos de prorrogação.

No caso de acusado preso em flagrante ou preventivamente, o prazo é de 10 dias, a contar da prisão ou decretação da prisão preventiva, exceto no caso de tóxico, cujos prazos são regulados pela Lei 6.368/76 e 10.409/01.

2.13. Arquivamento

O arquivamento do inquérito policial está previsto no art. 17 do Código de Processo Penal. É uma medida privativamente do Poder Judiciário e a requerimento do Promotor de Justiça. Da decisão judicial que determina o seu arquivamento não cabe recurso, exceto nos seguintes casos:

> *a) Lei 1.521/51, art. 7º, nos casos de crime contra a economia popular, onde o magistrado deve recorrer "ex officio"; b) Crimes contra a saúde pública contidos no CP onde recorre "ex officio", sendo que nos casos da Lei nº 6.368/76 repressão ao entorpecente, a Lei obriga o magistrado a recorrer de ofício; c) Lei nº 1.508/51, art. 6º parágrafo único, prevê o processo e julgamento das contravenções do jogo do bicho e das corridas de cavalo fora do hipódromo. Nesse caso, quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público e a representação for arquivada, poderá interpor recurso em sentido estrito*[70].

Se o magistrado determinar o arquivamento do inquérito policial sem o requerimento do Ministério Público, este deverá interpor Correição Parcial, pois esta medida provoca tumulto processual, por parte do magistrado. A Correição Parcial é regida pelo decreto-lei complementar 3 de 27.08.1969 e tem o mesmo rito do Agravo de Instrumento do Processo Civil. No caso de o Ministério Público requerer o arquivamento e o Juiz discordar, o Juiz pode recorrer ao Procurador Geral de Justiça, o qual determinará outro membro do Ministério Público para efetuar a denúncia ou manter o arquivamento, do qual não caberá recurso, previsto no art. 28 do Código de Processo Penal.

70 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas. 1a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

3. Escorço histórico sobre o inquérito policial

3.1. Da fundação da Polícia Civil no Brasil

No império a partir da fundação de São Paulo dos Campos de Piratininga, até quase a metade do século XIX, as Câmaras exerciam atividades jurídico-policiais e político-administrativas, enfeixando poderes mais tarde tripartidos pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Compunham-se elas dos Juízes Ordinários, dos Juízes de Fora (Justiça Volante ou Itinerante), dos Corregedores e dos Ouvidores. Nessa época, sob a vigência das Ordenações (Filipinas, a partir de 1603[71]), atuavam como auxiliares dos Juízes, com funções similares às policiais: *"os capitães-mores[72], os alcaides[73], os meirinhos, os quadrilheiros[74] (investigação) e os almotacés (polícia administrativa)"*.

Percorrendo uma linha histórica verifica-se que na organização portuguesa, que nos foi dada por herança, não havia um destaque muito claro da atividade policial. Verifica-se em vários momentos da história de Portugal, aparecerem policiais de posição e relevância, conforme destaca Dalmo de Abreu Dallari, os quais *"exerciam grande influência, mas concebidos praticamente como agentes pessoais da coroa portuguesa. Eram homens de confiança do rei, designados para executarem determinadas tarefas, sem uma clara definição de competência, sem uma prévia delimitação de atribuições"*.[75] Quando D. João VI veio ao Brasil, trouxe essa figura e houve aqui, também, a presença desse tipo de policial.

Há um personagem que exerce uma grande influência na história portuguesa a partir do século XIX, é o Intendente de Polícia, com poderes praticamente ilimitados. Dizem-se

71 "As Ordenações Filipinas foram promulgadas no reinado de D. Felipe II, rei de Portugal e Espanha. Político habilíssimo, o rei mandou refundir as Ordenações anteriores, pois não quis desprezar a oportunidade de mostrar aos portugueses o respeito que lhes mereciam as leis tradicionais do país e o interesse verdadeiramente nacional que as inspirava". Nesse sentido: GENOFRE, Roberto Mauricio. Os cem anos da criação da polícia de carreira de São Paulo. In: Revista ADPESP, Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Ano 24, nº 34, dezembro de 2004. p. 31.

72 Ibidem, p. 33. Sobre os capitães-mores o autor aponta que: "paralelamente ao prestigio e poder do Ouvidor, surge a figura do Capitão-mor nos séculos XVII e XVIII, com um pode oriundo dos Capitães das Capitanias e dos seus Governadores. Cabia a ela o poder militar e policial, cabendo-lhe a defesa e segurança da capitania".

73 "A expressão Alcaide tem origem árabe, 'al-kaid', com significado de chefe ou capitão de qualquer tropa, e entre os sarracenos, com o significado de poder absoluto".

74 Ibidem, p. 33. Sobre os quadrilheiros o autor aponta que: "a partir de 1603, com a vigência das Ordenações Filipinas, até 1760, o policiamento na Colônia passou a ser exclusivamente de responsabilidade dos quadrilheiros, moradores nas quadras (daí o nome de quadrilheiro) e inspetores de quarteirão, nomeados pelas Câmaras (constituídas por juizes ordinários e vereadores), para servirem por três anos. Substituíram os alcaides pequenos nas atividades policiais. Eram oficiais inferiores de justiça e traziam como insígnia uma vara pintada de verde, com as armas reais".

75 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. A polícia à luz do Direito. In: Seminário na Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58.

praticamente ilimitados porque o que limita a vontade do intendente é a vontade do rei. Na história alguns intendentes ganharam destaque, tal como é o caso do Pina Manique, o qual segundo Dalmo de Abreu Dallari destaca que *"ele sabia de tudo, estava em todos os lugares, em todos os momentos exercendo uma influência enorme"*.[76] Mas, tivemos no Brasil outras figuras notórias, tal como é o caso do também famoso Intendente de Polícia do Rio de Janeiro, Paulo Viana. E com essas figuras surge no Brasil a figura do chefe superior da Polícia.

Depois da independência do Brasil, e sob a égide da Constituição de 1824, começa a ficar clara a definição de competências e responsabilidade da polícia. E em 1831, atendendo os proclamos provinciais, o Governo Regencial publica um decreto autorizando a criação de organizações policiais provinciais, e aqui cumpre destacar a crítica de Dalmo de Abreu Dallari, o qual destaca que houve nessa época uma distorção, pois, *"de fato, recebendo essa autorização as lideranças provinciais entenderam que estavam autorizadas a criar uma espécie de exército provincial. E daí, a confusão, que até hoje não se desfez, entre autoridade policial e a autoridade militar"*.[77]

Posteriormente, em 1834 com o Ato Adicional houve a criação das Assembléias Provinciais, com as provinciais considerando-se ainda mais independentes do que estavam antes. E daí surge tantos embates trazidos por alguns doutrinadores como Dalmo de Abreu Dallari, o qual destaca que estávamos a *"criar um exército e não uma polícia"*.[78]

Com a edição da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841 que a Polícia começou a assumir sua identidade e individualidade. Criou ela, no município da Corte e em cada Província, um cargo de Chefe de Polícia, escolhido entre Desembargadores e Juízes de Direito. Criou também cargos de Delegados e Subdelegados, escolhidos seus ocupantes dentre Juízes e cidadãos, conferindo-lhes a prerrogativa da amovibilidade. Tal norma deu-lhes atribuições de polícia administrativa e de polícia judiciária, bem assim competência para julgarem os chamados crimes policiais (crimes de menor gravidade).

Logo após a edição da Lei nº 261, sobreveio o Dec. nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que desenhou os primeiros contornos do inquérito policial, como instrumento formal de apuração da infração penal, sua materialidade, suas circunstâncias e sua autoria.[79] Os Delegados

76 Ibidem, p. 60.
77 Ibidem, p. 61.
78 Apud. GENOFRE, Roberto Mauricio. Op. cit., p. 34.
79 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Op. cit., p. 27.

deveriam remeter ais Juízes todos os dados, informações e provas que houvessem obtido sobre um delito, acompanhados de uma detalhada análise pessoal.

A função judicante da Polícia foi sustada pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que cometeu especificamente às autoridades policiais a incumbência de procederem às diligencias necessárias ao descobrimento dos crimes e suas circunstâncias, formalizando-as em autos de inquérito policial, cujos termos foram melhor determinados pelo Dec. nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que a regulamentou.[80]

Já na República, destaca-se que logo após a Proclamação da República desenvolveram-se as primeiras idéias para a criação da Polícia de Carreira. Nos Estado de São Paulo, o Secretário do Interior e da Justiça Cardoso de Almeida propôs ao Presidente do Estado Jorge Tibiriçá, a instituição de uma polícia remunerada, compondo uma carreira profissional.

A criação da carreira de Delegado de Polícia tornou-se realidade pela Lei nº 979, de 23 de dezembro de 1905, que estruturou em cinco classes (1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª), sendo que as três primeiras integradas, necessariamente, por bacharéis em direito, enquanto as duas últimas, de menor hierarquia, referencialmente por portadores desse título. Datam dessa época as primeiras estruturas da Polícia Civil, com a criação de departamentos, gabinetes e delegacias.

Um dos pontos altos da história da Polícia Civil reside na edição do Dec. Nº 4.405-A, de 1928, que instituiu o Regulamento Policial do Estado, norma de caráter substantivo e adjetivo, dotado de dispositivos que transcenderam a estrutura dos órgãos e unidades, as atividades administrativas e as atribuições das autoridades, abrangendo os postulados processuais da polícia judiciária e do sistema prisional.[81]

3.2. Aspectos da Lei nº 261/41 e a criação de fato do inquérito policial

O art. 4, § 9º, da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841 determinou entre as atribuições da autoridade policial, a de:

> (...) remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e de suas circunstâncias, aos juízes competentes para a formação da culpa.

80 Ibidem, p. 27.

81 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Op. cit., p. 27.

Com isso, enfim, se possibilita a conceituação escorreita do inquérito policial, sendo enfatiza Roberto Maurício Genofre.[82]

Roberto Maurício Genofre cita os ensinamentos de João Mendes Almeida Júnior, o qual aponta que "o inquérito policial não é, como muitos tem afirmado, uma criação do Decreto 4824, de 22 de novembro de 1871. Esta suposição parte do esquecimento das antigas práticas do nosso processo criminal (...). á muito antes desse Decreto, havia uma inquirição de testemunhas na polícia".[83]

Ou seja, na visão do doutrinador João Mendes de Almeida o inquérito policial surge no ordenamento jurídico brasileiro em 1841 e não 1871.

E cumpre aqui destacar ainda que com o surgimento do inquérito policial "além da função precípua de investigar crimes e determinar autoria, de coligir elementos esclarecedores com o fito de possibilitar a instauração da ação penal, concedia-se à Polícia atribuições inerentes aos juízes de instrução na maior parte dos crimes, o que motivou forte reação dos liberais".[84]

3.3. Aspectos da Lei nº 2.033/71 e a criação oficial do inquérito policial

A falta de formalidade explícita para o trabalho policial agravou-se de sobremaneira durante o império, o que culmina em 1871 na reforma judiciária, onde o Imperador D. Pedro II prestigia o Projeto do Senador José de Alencar, de 1869. Um ponto de grande destaque desse projeto era a separação das atividades policiais e judiciárias, vedando-se aos chefes de Polícia a "atividade jurisdicional", e fortalece as atividades da Polícia Judiciária com a criação oficial do inquérito policial, que se concretizou com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

O inquérito foi regulado pelo art. 42, do referido decreto. E este assim dispunha: "O inquérito policial consiste em todas as diligencias necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices e deve ser reduzido a escrito".

82 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 47.

83 Ibidem, p. 47.

84 Ibidem, p. 47. Destaca-se que "a edição da lei de 03 de dezembro de 1941, bastante necessária, eis que terminou com uma situação nacional que privilegiava o pode local em detrimento do poder central, comprometendo a unidade pátria, a ordem e a segurança pública, impedindo o poder central sequer de nomear as autoridades incumbidas de velar pela observância das leis e de apurar a existência dos delitos ou prender criminosos".

Nessa época o Ministro da Justiça, Senador Sayão Lobato, em sessão do Senado em 1871, assim se manifestou:

> As autoridades policiais, no que toca o processo de formação de culpa, nos crimes comuns, são competentes e é do seu ofício de polícia judiciária, auxiliar da justiça, proceder a todas as diligencias para investigar e esclarecer os fatos suas circunstâncias, isto é, para a formação do corpo de delito e para descobrir as testemunhas mais idôneas, e logo proceder ao inquérito policial, Estas autoridades encarregadas deste inquérito estão localizadas no mesmo distrito, acodem e procedem a todas diligencias, autenticam os esclarecimentos e dão a sua parte, com esse instrumento do inquérito policial, ao encarregado da acusação, para iniciar o processo.[85]

O inquérito nessa época foi alvo de censura por parte dos senadores liberais. Mas, essas não prevaleceram, tanto que assim foi aprovada a Lei nº 2.033/71, a qual finalmente oficializa o inquérito policial e separa as atividades de polícia da do judiciário.

O doutrinador José Frederico Marques, muito bem enfatiza que a criação do inquérito policial foi saudada como "uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual, apesar de críticas infundadas contra ele feitas ou pela demagogia forense, ou pelo juízo apressado de alguns que não conhecem bem o problema da investigação criminal". [86]

3.4. Criação da Polícia de carreira no Estado de São Paulo

Inicialmente importa destacar que Cardoso de Almeida foi o precursor da polícia de carreira, pois o mesmo que era o chefe de Polícia em São Paulo, em 1903 escreveu um relatório com um diagnostico da polícia paulistana, ocasião em que preconizava substanciais alterações em sua estrutura.[87]

A criação da polícia de carreira em São Paulo se deu pela chegada do projeto na Assembléia Legislativa, do deputado Herculano de Freitas, o qual recebeu o encargo da defesa da criação da polícia de carreira, e esta batalha dura 8 meses.

No projeto a exposição de motivos era bem clara, e dispunha que:

> (...) para melhorar o funcionamento das instituições policiais, urgia estabelecer a polícia de carreira, incumbindo do serviço pessoal escolhido, de aptidões especiais, mediante um regular sistema de promoções, que permitia obter, nos cargos superiores, o concurso de auxiliares experientes, conhecedores, pela prática, de todas as particularidades do importante

85 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 50.

86 MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal 2. ed., São Paulo: Millenium, 2000.

87 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 63.

> ramo da administração pública, destinado a manter a segurança individual.[88]

O objetivo era claro: libertar o poder de polícia das influencias políticas, muito comuns numa época em que a interferência do aparato policial era uma constante.

Diante de toda oposição sofrida, o projeto é encaminhado a Comissão de Justiça para aperfeiçoamento, eis que o mesmo extinguia os cargos de delegados em municípios que não fossem sede de comarca, deixando-os em mãos dos subdelegados leigos.[89]

Com a emenda substitutiva é o projeto aprovado após ainda muita discussão em 18 de dezembro e, finalmente, convertido em lei, que tomou o número 979, promulgada por Jorge Tibiriçá, solenemente em 23 de dezembro.

3.4.1. Polícia

Polícia e segurança são palavras que se correlacionam. Sendo a origem do termo oriunda do grego, *polis* – politéia, significando no início, o ordenamento jurídico-político do Estado. Com o passar dos tempos o termo *"polícia passa a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela a segurança dos cidadãos"*.[90]

Ainda, o sentido atual dado à Polícia é o de *"órgão do Estado incumbido de manter a ordem e a tranqüilidade pública"*.[91] Ao que parece, teria este significado surgido na Roma antiga, em razão dos delitos que ocorriam à noite. Criou-se, então, um corpo de soldados encarregados de evitar os crimes e, como conseqüência, o desenvolvimento de um corpo de funcionários para melhor apurá-los. Seria uma forma primitiva da atual Polícia Judiciária. Portanto, polícia/policiar implica dizer que *"é dar ou transmitir civilização a..., é civilizar"*.[92] Muito embora para o cidadão pouco importa qual seja a polícia que irá resolver o problema dele, existem várias polícias com atribuições e atividades bem distintas. Decorrem elas do

88 Ibidem, p. 66.
89 Ibidem, p. 67.
90 TORNAGHI, Hélio. Processo Penal. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1953. p. 255.
91 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 159.
92 AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Direito e Segurança Pública. Brasília: Consulex, 2003. p.14.

objeto de atuação, sendo divididas em Polícias Administrativa, de Segurança e Judiciária.[93] A separação e a divisão de atribuições são de ordem constitucional.

A Carta Magna de 1988 dispensou no capítulo III – Da Segurança Pública; do Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, para demarcar as diretrizes de atuação das polícias em seu art. 144 e respectivos parágrafos nos seguintes termos:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I – polícia federal;
>
> II – polícia rodoviária federal;
>
> III – polícia ferroviária federal;
>
> IV – polícias civis;
>
> V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.
>
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente.... Prosseguindo nos seus demais nove parágrafos e incisos quanto à finalidade e atuação de cada uma delas.

A segurança pública é atribuição das polícias, cada uma na sua esfera de atuação, mas também é de responsabilidade de todos. O Estado não chamou para si o ônus exclusivo da segurança pública, pois conclama a sociedade a participar e a interagir com ele, para que assim possa obter melhoria nos serviços e nos resultados pretendidos.

A Constituição Federal estabeleceu cinco polícias, incisos I a V do art. 144; sendo que duas delas são eminentemente civis (paisana) ou judiciárias, I e IV, e, as demais, são fardadas ou uniformizadas, conforme o regime hierárquico, II, III e V.

Chama-se Polícia de Segurança aquela ostensiva. É, exatamente, a mais conhecida. Devido ao seu caráter garantidor da ordem e da paz pública, agindo sempre de forma preventiva para assegurar a tranqüilidade dos cidadãos, via de regra, apresenta-se fardada e, não raro, com hierarquia e disciplina militares. Possui poder discricionário para agir no intuito de evitar as causas de turbação da ordem jurídica, ou mesmo de dano ou perigo, às pessoas ou

93 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo São Paulo: Malheiros, 1992. p. 658.

às coisas, independentemente de ordem ou autorização judicial. Às polícias fardadas e uniformizadas competem, como dito, as atividades policiais ostensivas preventivas, bem como, boa parte das atividades de orientação e repressão administrativas, ilícitos administrativos, § 5º, do art. 144 da CF.[94]

A Administrativa, propriamente dita, tem *"por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais"*, limitações essas que visam a assegurar *"completo êxito da administração"*[9]. Encaixam-se nesse perfil, por exemplo, a Polícia Rodoviária e a Aduaneira, §§ 2º e 3º do art. 144 da CF.[95]

Finalmente, a terceira delas é a Polícia Judiciária ou, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, a *"polícia secreta"*[96], em razão de não ser visível a sua presença em público. A esta compete, em falhando as anteriores, investigar e apurar fatos delituosos, e assim apontar a respectiva autoria. A Polícia Judiciária realiza a primeira etapa, o início da *persecutio criminis* do Estado. Desta forma, estará subsidiando o órgão do Ministério Público para que este possa exercer a *persecutio criminis in iuditio*, em um segundo momento, com a devida proposição da ação penal e ulterior julgamento pelo Judiciário. Como afirmava Pimenta Bueno:

> (...) sempre vigilante, ela indaga de todos os fatos suspeitos, recebe os avisos, as notícias, forma os corpos de delitos para comprovar a existência dos atos criminosos, seqüestra os instrumentos dos crimes, colige todos os indícios e provas que pode conseguir, rastreia os delinqüentes, captura-os nos termos da lei e entrega-os à Justiça Criminal, juntamente com a investigação feita, para que a Justiça examine e julgue maduramente.[97]

A polícia judiciária, federal e civil dos Estados, age após a ocorrência do fato delituoso, do crime; sua delimitação de atuação está no art. 144, §§ 1º e 4º da CF [98], onde se infere que a

94 Nesse sentido: "Art. 144. A segurança pública,...", "§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil".

95 Nesse sentido: "Art. 144. ...", "§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais; § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferro- vias federais".

96 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 160.

97 Apud. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 160.

98 Nesse sentido: "Art. 144. ..., § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela EC 19/98 – DOU 05.06.1998) 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; III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela EC 19/98 – DOU 05.06.1998)

elas compete, com exclusividade, a apuração das infrações penais, exceto as militares.[99] O termo utilizado, polícia judiciária, não significa que a mesma está subordinada ao Judiciário. A expressão implica dizer que suas atividades possuem cunho *judicialiforme*, uma vez que todos os atos desenvolvidos devem estar dentro do estipulado na legislação correspondente, conforme mostraremos adiante. O destino final dos atos desenvolvidos será o poder judiciário, passando antes pelo crivo do Ministério Público, órgão titular da ação penal e encarregado de promover o início da persecução penal em juízo.

Em verdade, as polícias estão vinculadas, e hierarquicamente subordinadas, ao chefe do poder executivo dos Estados, Territórios e Distrito Federal, quando se tratar das polícias civis e militares, aí se incluindo os corpos de bombeiros militares, art. 144, § 6º. Quando se tratar da polícia federal, à União, art. 144, §§ 1º, I, parte final; 2º e 3º.

3.4.1.1. Origem e desenvolvimento da atividade policial

Como se viu, em verdade, a atividade policial começou junto com a humanidade. A partir do momento em que o homem resolveu delimitar e cercar uma área, classificando-a como sendo sua propriedade, iniciaram-se aí os conflitos de toda ordem. Se prevalecesse a lei natural, somente os fortes é que se imporiam, ficando reservado aos vencidos o triste destino da humilhação e da servidão. Entretanto, o Estado caracterizado como uma entidade abstrata, com personalidade jurídica, avoca para si a exclusividade de manter a ordem e aplicar a lei, coordenando as relações entre as pessoas de modo a minimizar os desentendimentos.[100]

A primeira referência constitucional à Polícia é encontrada na Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 1947, também no art. 144, o qual dispôs que: *"Os cargos da carreira de Delegado de Polícia serão providos por bacharel em direito, processando-se o ingresso na classe inicial mediante concurso público de provas e títulos"*.

Além do registro em si, merece destaque dois outros pontos no referido artigo, sendo o primeiro a exigibilidade do grau de bacharel e o segundo é o concurso público, que delimitam com maior grandeza e independência os contornos da carreira.

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

99 Neste sentido, recente decisão da 2ª Turma do STF, no julgamento do RE nº 233.072.

100 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Op. cit., p. 27.

A Lei nº 199, promulgada em 1948, organizou a carreira de Delegado de Polícia dispondo ainda sobre a sua estrutura, ingresso, concurso, exercício, promoções e aposentadoria, bem assim criando o Conselho da Polícia Civil.

A primeira lei orgânica da polícia data de 27 de maio de 1968, e foi consubstanciada na Lei nº 10.123, a qual dispôs sobre a Secretaria da Segurança Pública e os órgãos policiais que a compunham: Delegados de Polícia e demais carreiras policiais civis, Força Pública e Guarda Civil. Destaca-se que, além dos dispositivos que regulavam a Força Pública (atualmente, Polícia Militar), e a Guarda Civil (extinta e absorvida pela Polícia Militar), a lei disciplinava os órgãos auxiliares, previa normas gerais de funcionamento, dispunha sobre direitos, deveres, vantagens, regimes de trabalho, ingresso e exercício. Tal Lei Orgânica foi regulamentada pelo Decreto nº 50.300, de 02 de setembro de 1968.[101]

Houve em 1969 uma reforma administrativa da Secretaria de Segurança Pública, onde o Governador do Estado legislando por decreto baixou o Decreto nº 52.213. E hoje, encontra-se em vigor como Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 207, de 05 de janeiro de 1979, na realidade, Lei Orgânica apenas da Polícia Civil, pois, dos 141 artigos que contém, apenas um refere-se a Polícia Militar.

Passa a Polícia Civil a se destacar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual inseriu as Polícias Civis como órgãos da Segurança Pública, ao lado da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, tal como se depreende da leitura do art. 144, já destacado anteriormente.

Além disso, com a Constituição houve a institucionalização da carreira de Delegado de Polícia consolidando sua profissionalização em nível nacional. Importa destacar aqui também a institucionalização do inquérito policial, tal como reza o art. 129, inciso VIII, como definitivo instrumento formal da polícia judiciária.

Segundo muito bem observa Abrahão José Kfouri Filho "mais que uma reivindicação corporativa, o registro constitucional da Polícia Civil constituiu uma conquista democrática".[102]

3.4.2. Delegacia de Polícia

101 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Op. cit., p. 27.

102 Apud. GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Op. cit., p. 29.

A Delegacia de Polícia é a materialização dos poderes da polícia judiciária. É onde se visualiza o poder estatal desenvolvendo os seus atos em prol da segurança pública dos seus cidadãos, é a vivificação da letra fria da lei. O Estado, aqui compreendido, nas esferas federal e estadual, mediante a organização e a realização de concursos públicos, preenche os quadros correspondentes às carreiras de suas polícias. E é o seu corpo de funcionários que prestará a atividade fim policial, qual seja, manter a paz e a ordem social em nível tolerável.

Com a sanção do Código Criminal do Império, ocorrido em 16.12.1830, pelo Imperador D. Pedro I, é que a atividade policial passou a ser delineada para, então, se chegar aos moldes atuais. As polícias judiciárias, na sua missão constitucional de apurar as infrações penais, formalizam os seus atos com a elaboração do inquérito policial. Tal denominação proveio com o advento da Lei 2.033, de 20.09.1871, sendo regulamentada, posteriormente, mediante o Decreto-lei 2.824, de 28.11.1871. Dizia o art. 42: *"O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito"*.[103]

As delimitações e os poderes concedidos às autoridades policiais responsáveis pelas investigações encontram-se no atual Código de Processo Penal, nos arts. 4º a 23, no Livro I, do Processo em Geral, no seu Título II, do Inquérito Policial. Trata-se das linhas mestras. Já a regulamentação específica das atribuições, da estrutura e do corpo de funcionamento das polícias em cada uma das unidades federadas, compete aos seus respectivos Estados.

"A Polícia Civil é a unidade de execução programática da Secretaria de Estado da Segurança Pública – SESP, com vínculo de subordinação hierárquica ao respectivo Secretário de Estado", art. 1º do Estatuto da Polícia Civil, ou seja, é subordinada hierarquicamente à Secretaria de Estado da Segurança Pública e, acima deste, está o Governador do Estado, chefe das polícias. Tal poder hierárquico é administrativo, no sentido de gerir a máquina policial, mas sem poder de decidir quanto as ações de seus membros, qual rumo a ser tomado nas investigações.

No mesmo sentido o referido Estatuto prevê, no art. 3º, que *"a função policial, por suas características e finalidades, fundamenta-se nos princípios da hierarquia e da disciplina"*; sendo seus integrantes aqueles estabelecidos no *"quadro de Pessoal da Polícia Civil"*, art. 4º.

103 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Inquérito Policial. Curitiba: Juruá, 1991. p. 15.

É o Delegado de Polícia o superior hierárquico dos demais, art. 11 da Lei Complementar 14/82, incumbindo ao mesmo as atividades de direção, organização e consecução das atividades de polícia judiciária. Delegado de Polícia de carreira, na redação constitucional, colocado como dirigente das polícias civis, art. 144, § 4º da CF[104], é, necessariamente Bacharel em Direito e concursado.

O Código de Processo Penal, ao regular o inquérito policial, no já mencionado art. 4º, fala em Autoridade Policial, qual seja, o Delegado de Polícia.[105]

No art. 5º, Capítulo II do Título I do Estatuto da Polícia Civil[106], também há referência às unidades componentes da estrutura policial civil. As unidades de execução possuem sua estrutura interna de funcionamento e as suas atribuições regulamentadas pelo Decreto 4.884/78.

A regra geral é de que nos Municípios de pequeno porte, com baixo índice populacional, a Delegacia de Polícia local irá atender a todos os casos indistintamente, ou seja, *"clínica geral".* Todos os delitos e infrações penais que ocorrerem na área de atuação daquela Delegacia será atribuição da mesma resolvê-los. Já nos grandes centros, onde há maior concentração populacional, onde os delitos ocorrem em grande volume, há a distribuição das atividades *ratione materiae* e *ratione loci*. Isto visa a implementar ações específicas para que a ação policial seja mais eficaz. As distinções que se estabelecem referem-se à competência de atuação *ratione loci*, porque delimitada por territorialidade, e *ratione materiae*, quando por assunto.

A necessidade de profissionalização e do aprofundamento do aparelho estatal no combate à criminalidade motivou a criação das Divisões policiais com Delegacias de Polícia Especializadas, tais como: Delegacia de Homicídios, de Furtos Roubos, de Furtos e Roubos de

104 Nesse sentido: "Art. 144. ... § 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".

105 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999. p. 37.

106 Lei Complementar 14/82 com as alterações da Lei Complementar 89 de 25.07.2001: "CAPÍTULO II – DAS UNIDADES DA POLÍCIA CIVIL ... Art. 5º. São unidades da Polícia Civil: I – Ao Nível de Direção : a) Departamento da Polícia Civil; b) Conselho da Polícia Civil; c) Corregedoria Geral da Polícia Civil; II – Ao Nível de Assessoramento: a) Secretaria Executiva; b) Assessoria Técnica. III – A Nível Instrumental : a) Divisão de Infraestrutura; b) Coordenação de Informática; c) Escola Superior de Polícia; IV – Ao Nível de Execução : a) Divisões Policiais; b) Centro de Operações Policiais Especiais; c) Instituto Médico Legal; d) Instituto de Criminalística; e) Instituto de Identificação; f) Subdivisões Policiais; g) Delegacias Regionais; h) Delegacias de Polícia;" i) Outras unidades policiais civis auxiliares". Redação dada pelo art. 1º do novo Estatuto da Polícia Civil.

Veículos, da Criança e do Adolescente, de Repressão a Entorpecentes, de Vigilância e Capturas, de Estelionato etc.[107]

3.4.2.1. Atividades

As atividades de uma Delegacia de Polícia podem ser divididas em administrativas e operacionais.

A primeira visa à distribuição das funções e das obrigações que competem ao quadro de funcionários da mesma, e regula as atividades internas. A parte operacional é a visível, é a distribuição da execução das atividades policiais propriamente ditas, são as equipes de policiais que saem às ruas para a consecução da atividade-fim, qual seja, a repressão penal. Internamente, cabe ao Delegado de Polícia[108] gerir a unidade de forma a obter o sucesso em suas ações, coibindo a criminalidade de maneira eficiente. Neste mister, deverá ele adequar o seu corpo de funcionários com o propósito de obter eficiência nos procedimentos investigatórios.

É tarefa de uma Delegacia de Polícia: atos de cadastro de ocorrências delituosas; o recebimento e a expedição de documentos; o atendimento ao público; a fiscalização de atividades e de pessoas; a interação com a comunidade local na busca de alternativas para o desenvolvimento das atividades policiais e, mesmo não sendo uma atribuição específica, realizar guarda e vigilância de presos, em razão da existência de cadeias públicas anexas às várias unidades.

E, claro, realizar os procedimentos processuais referentes aos atos do inquérito policial, estabelecidos no Código de Processo Penal e demais legislações pertinentes, com todos os seus desdobramentos, como flagrantes, representações por prisões, quebras de sigilos, buscas e apreensões dentre outras. Estas atividades são pormenorizadas em regulamentos, resoluções, ordens de serviço e decretos, emanados das autoridades competentes, resultando em várias atribuições internas de cunho administrativo que importam, em caso de omissão ou falha no seu atendimento, em punições aos dirigentes dos órgãos policiais.

107 A falta de uma Lei Orgânica Nacional da Polícia Civil faz com que cada Estado da federação crie sua própria estrutura administrativa, podendo mesmo possuir órgãos com as mesmas funções/atividades porém com denominações diferenciadas, Divisões, Seccionais, Regionais etc.

108 Os deveres e as atribuições dos Delegados de Polícia encontram-se dispostos no art. 1º do Anexo I do Decreto 4.884 de 24.04.1978, e nos seus sessenta e seis incisos. Além destas, há as competências específicas dos Delegados chefes de unidades especiais, Divisões e Subdivisões, Delegacias Especializadas etc.

As Delegacias do interior do Estado possuem as mesmas incumbências das demais, com o diferencial de que recebem numerários para arcar com as despesas de gestão da sua estrutura. Tal verba, denominada de Fundo Rotativo[109], destina-se: *"à manutenção, à execução de pequenos reparos, tanto no prédio como na cadeia; à aquisição de material de consumo, aí incluídos o pagamento de combustíveis e os consertos dos veículos à disposição da unidade; à compra de alimentos para os presos e de materiais de limpeza, higiene e conservação"*.[110] Esta verba provém dos cofres públicos e é repassada mediante prestação de contas dos gastos efetuados nos meses anteriores, ante projeção de custos estimada para o trimestre subseqüente. Ou seja, todas as despesas efetuadas importam na elaboração de documentação, com os respectivos comprovantes, qual é encaminhada ao Departamento Financeiro da Polícia Civil e, após análise preliminar, encaminhada ao Tribunal de Contas do Estado para apreciação e aprovação.

O Delegado Chefe da unidade é o gestor dos recursos e o responsável pela prestação de contas. Internamente, compete ao administrador da delegacia estabelecer as escalas de plantão para o atendimento de ocorrências, tanto de investigadores quanto de escrivães e delegados, quando houver mais de dois; regular os horários para visitas de familiares aos presos, normatizando-a e, também, decidir sobre o funcionamento interno da unidade, definindo os cargos de chefia para coordenar as equipes de investigação, responsáveis pela elaboração e manutenção dos fichários de criminosos; do escrivão chefe para coordenação dos escrivães e da secretaria para os protocolos e organização geral de documentos. Isto é assim quando se tratar de uma unidade policial com efetivo suficientemente grande que permita a divisão das tarefas. Mas, via de regra, uma mesma pessoa acaba acumulando várias obrigações. Tais ações possuem caráter interno.

Já, dentre as atividades externas, tem-se as fiscalizatórias, onde pode ser incluída a de cobrança da chamada Taxa de Segurança.[111] Trata-se de um tributo pago pelo contribuinte para fins específicos, como: registro e porte de arma; realização de shows em locais públicos; funcionamento de bares e boates; hotéis e motéis; clubes e associações; comércio de jóias e pedras preciosas etc. Os valores são variados e constam em tabela própria, possuindo códigos diferenciados, conforme o estabelecimento e finalidade. São depositados mediante guias de recolhimento, GR, e vão diretamente ao Tesouro Geral do Estado para, depois serem liberados

109 O Decreto 2.101, de 11.02.1993, estabeleceu e regulamentou o Fundo Rotativo.

110 Art. 2º do Decreto 2.101 de 11.02.1993.

111 A Lei nº 7.257, de 30.11.1979, se refere à consolidação da legislação tributária da Taxa de Segurança.

de forma gradativa, em repasses para contas específicas, também do Estado, a fim de que o gestor do fundo possa sacá-los e efetuar o pagamento das despesas indicadas, aprovadas previamente pelos órgãos estatais.

Outras atividades externas de uma Delegacia de polícia são as decorrentes de atos de rondas; de blitz; dos atendimentos a locais de crime; dos deslocamentos para realização de investigações; do cumprimento de mandados e intimações; da entrega de documentos; de transporte e acompanhamento de presos, seja para audiências, seja para atendimento médico-hospitalar. Todas estas ações decorrem de atos preestabelecidos interna e rigorosamente, dentro dos ditames legais. Dividem-se as atribuições, as funções do efetivo para, então, serem elas concretizadas.

3.4.2.2. Finalidade

As mudanças exigidas pela sociedade brasileira, pós Constituição Federal de 1988, vêm se manifestando em todos os seus segmentos, mediante ações de grupos e ativistas políticos, partidos políticos ou entidades não-governamentais. O fato é que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe notáveis avanços em diversas áreas, principalmente quanto às liberdades individuais e de expressão, foi a Constituição construída olhando-se para o passado recente da história brasileira. Houve, durante o período de regime militar, incontáveis casos de abusos e de rompimento com Estado Democrático de Direito, levando à estrutura jurídica atual. Naquele período, 1964, até o final dos anos 80, início de um processo de reabertura política que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mergulhou-se numa época que remonta à inquisição.

Iniciada em 1232, com os editos de perseguição aos hereges, publicados pelo Imperador Frederico II e, posteriormente, o Papa Gregório IX, reivindica para a Igreja o poder de realizar o trabalho de perseguição e punição aos ditos hereges.[112] No período do regime militar, a ameaça, hereges, seriam aqueles contrários ao regime instituído, pejorativamente denominados de comunistas. O exercício do poder de polícia, nos anos seguintes ao golpe de 1964, seguia, muito mais, aos princípios de uma inquisição do que propriamente aos direitos e às garantias dos cidadãos. A obtenção da confissão era algo necessário e fundamental para

112 EYMERICH, Nicolau. Manual dos Inquisidores: Directorium Inquisitorum. prefácio de Leonardo Boff, Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos. p. 13.

que se efetivasse a culpabilidade e a conseqüente punição do suspeito que, a certa altura, já era visto como efetivo autor.

A confissão é tudo na Inquisição, não as provas, contrariamente ao senso do direito universal, pois, sabemos, a confissão pode ser extorquida sob coação. Os autores do Manual dos Inquisidores, num outro lugar, esclarecem: *"diante do Tribunal da Inquisição basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu"*.[113]

A conseqüência de tal pensamento é a total inutilidade da defesa, sendo esta meramente formal, muito mais no sentido de pedir uma condenação e aplicação de pena do que, como hoje há, o confronto entre defesa e acusação, com igualdade de produção de provas e acesso às informações.

Hoje, sob a égide de uma Carta Magna democrática, difundidos, cada vez mais, os seus princípios e a sua aplicabilidade, fala-se em ampla defesa, o *due process of law*, com total respeito ao processo e aos direitos humanos. No entanto, mesmo decorridos mais de 14 (quatorze) anos de vigência, existem falhas nos sistemas públicos de segurança, os quais, na medida em que aparecem, vêm sendo sanados mediante políticas de aperfeiçoamento do quadro de seus servidores, com o aparelhamento de suas estruturas e, fundamentalmente, modificando e a apresentando novas perspectivas na atividade pré-processual,concebendo novas técnicas para a investigação policial e o profissionalismo nas ações de seus agentes.

Quanto mais informada dos seus direitos e garantias, mais exigente se torna a população quanto à qualidade dos serviços prestados pelo Estado, fazendo com que a democracia e a cidadania sejam exercitadas em sua plenitude. Toda e qualquer atividade estatal ou privada deve obedecer aos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal. No caso do policial, o qual *"é um profissional do Direito, tanto quanto o juiz, o advogado, o promotor de justiça"*[114], deverá observar atentamente o regramento jurídico.

Para manter e assegurar que os habitantes desse imenso país durmam e vivam tranqüilos, torna-se imprescindível ao Estado manter ações eficientes de combate à criminalidade, o que somente será possível se ele tiver um bom sistema de inteligência. Mesmo hoje, ainda perpassam ante a sociedade abusos e desvios de conduta nos mais variados escalões do Estado brasileiro, porém, ela não mais permanece calada e passiva, sendo

113 EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 19.

114 AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Op. cit., p. 47.

que exige e cobra mudanças e punições. Para tal, houve e há a necessidade da mudança de comportamento das pessoas e dos encarregados em manter o *status quo* democrático, que resulte na transparência dos atos e das decisões dos poderes públicos.

Como corolário deste novo paradigma estabelecido em 1988, houve um reflexo direto nas ações dos órgãos de segurança pública. A finalidade de uma Delegacia de Polícia é materializar a atividade de polícia judiciária. Em um sentido amplo, pode-se afirmar ser a Delegacia um órgão que visa a garantir a tranqüilidade da população, buscando manter a ordem e a segurança públicas da região onde se encontra instalada. Para tanto, possui material humano capacitado, treinado e devidamente habilitado para alcançar a chamada paz social.[115]

Em um sentido mais estreito, trata-se da formalização da repressão estatal aos autores de crimes, mediante o exercício regular do poder de polícia judiciária, administrativo e de segurança.

Para alcançar este fim, há a necessidade permanente de que os seus agentes passem por reciclagens, adquirindo novos aprendizados e técnicas e sendo profissionalizados de forma atual e constante. O ranço decorrente dos tempos autoritários, onde os fins justificavam os meios, pertence à história. A finalidade de uma Delegacia de Polícia ultrapassa o sentido de órgão repressor.

O fim último das atividades de uma Delegacia de Polícia é, certamente, a elaboração do inquérito policial, com a apuração de todos os fatos que envolvem uma situação delituosa, com o conseqüente processo e julgamento dos responsáveis.

3.4.2.3. Funcionamento

Para o exercício de suas atribuições e de sua finalidade, a Delegacia de Polícia deve seguir determinados trâmites, sem os quais padeceria pela falta de organização e sistematização. Embora o trabalho em uma unidade policial seja sempre dinâmico, todos os dias há novas situações delituosas, novos crimes acontecendo; existe a necessidade de formalizar e documentar diversos atos.

115 Ibidem, p. 48.

A burocracia existe em todas as empresas e órgãos, sejam eles públicos ou privados. Em alguns, mais, em outros, menos; porém, o fato é que ainda não há possibilidade de se livrar de determinadas regras para certos procedimentos.

A estrutura interna da Delegacia, como já mencionado, funda-se na hierarquia e na disciplina, cabendo ao Delegado Titular da unidade o comando e a distribuição de tarefas. Deve administrá-la como se fosse uma empresa, cujo objetivo não é o lucro, mas, sim, o resultado final, buscando criar motivações, incentivando a criatividade e realizando o maior número possível de soluções das ocorrências que lhe chegam ao conhecimento. Por tratar-se de uma atividade que está 24 (vinte e quatro) horas por dia, sete dias por semana e 12 (doze) meses por ano, aberta ao atendimento público, necessita de equipe de trabalho condizente com o serviço.

Além do horário de expediente, para o atendimento ao público em geral e para o desenvolvimento das atividades cartorárias, há a necessidade de manter-se efetivo para o atendimento excepcional, as situações de emergência e, em face de existência da cadeia pública, a guarda de presos.

O horário de expediente[116] se compatibiliza com o da maioria das atividades comerciais, sendo das 08h30min horas às 12h00min horas e das 14h00min horas às 18h30min horas. Nestes horários, é quando onde ocorrem as maiores movimentações, com a plenitude das atividades administrativas e operacionais da Delegacia. Encerrado o expediente, inicia-se o plantão. Este se mantém no interior da Delegacia, saindo para atender, somente, situações emergenciais, desde que afetas à polícia civil. Resume-se ao comparecimento ao local do crime, via de regra, homicídio, ou casos de grande repercussão. No restante do tempo, a equipe do plantão fica dentro das instalações policiais, fazendo a guarda do local e prestando acolhimento às pessoas que lá comparecem, tanto para registro de ocorrências quanto para orientação.

E, nas unidades que possuem, para manter a vigilância sobre a cadeia. Certamente, sem este ônus, a guarda de presos, haveria maior possibilidade de a equipe de plantão ser mais atuante na área de sua circunscrição, podendo efetuar diligências e comparecer a outros locais de crime. O grande risco é a incidência de rebeliões e motins no interior das cadeias públicas inseridas nas Delegacias de Polícia. Face à extrema freqüência com que ficam superlotadas, os

116 A Ordem de Serviço 07 de 06.06.1994, D.O. de 25.10.1994, estabeleceu as diretrizes para o horário de expediente das unidades policiais, bem como, para as escalas de plantão.

policiais plantonistas ficam, ante o seu reduzido efetivo, limitados ao registro de ocorrências. Busca-se, assim, manter um número tal que seja capaz de, no mínimo, poder tomar alguma providência eficiente ante qualquer alteração no comportamento dos detentos. Isto importa em transtornos aos administradores da Delegacia e, também, à população vizinha.

Não raro, torna-se notícia, nos meios de comunicação, a crítica justificada quanto à permanência deste quadro, porém, a solução parece se encontrar, muito distante do desejado. Neste mister, crê-se que a efetiva desativação dos chamados cadeiões, das delegacias de polícia, poderá resultar na possibilidade de transferir o efetivo administrativo para o lugar dos investigadores, ficando os primeiros com as atribuições de registro de ocorrências e trâmites burocráticos, e os investigadores realizando sua missão-fim, qual seja, a de apurar delitos.

Nas delegacias onde há efetivo disponível, o plantão dos investigadores organiza-se em sistema de rodízio. As equipes permanecem 24 (vinte e quatro) horas em serviço para retornar 72 (setenta e duas) horas depois. Havendo possibilidade, o período de intervalo poderá ser maior.

As escalas de plantão devem seguir a seguinte regra: – 08:00 horas de trabalho por 24:00 horas de descanso; – 12:00 horas de trabalho por 36:00 horas de descanso; – 24:00 horas de trabalho por 72:00 horas de descanso, quando o Órgão dispuser de número suficiente de policiais para o melhor desempenho da atividade policial.[117] Há uma forte tendência para se alterar o regime de escalas de plantão, passando a existir somente o de 12 por 36 horas.

Excepcionalmente será admitida a inclusão de outras cargas horárias. A realidade nem sempre condiz com o idealizado. Havendo sobrecarga de serviço, o policial, muitas vezes, retorna ao seu expediente antes mesmo de completar o horário destinado ao descanso, pois que, em razão da função ou da investigação, nem sempre é possível que ele espere completar o ciclo destinado ao seu repouso, uma vez que precisa dar continuidade à apuração de infrações penais. O policial civil, freqüentemente, se vê obrigado a retornar ao órgão onde está lotado para prosseguir com as diligências que lhe são afetas, sob pena de tornar inviável toda uma investigação. Por conseguinte, ultrapassa-se o limite constitucional estabelecido para o trabalho. Embora fuja ao objetivo do presente, importa salientar que o excesso da carga de trabalho importará em perdas na conclusão da persecução criminal, na fase policial.

117 Esta normatização consta da Ordem de Serviço 07, de 06.06.1984, emanada do Sr. Delegado Geral da Polícia Civil, em seu inciso III.

Alguém que deixa a sua vida pessoal, afetiva e familiar em segundo plano para atender, primordialmente, às necessidades do trabalho, com certeza, estará sujeito a uma infinidade de outros problemas. O estresse ataca a todos, indistintamente, e cada um, na medida de suas possibilidades, irá buscar uma solução, às vezes, nem sempre a mais adequada para o momento. Eis que essa sobrecarga poderá, então, contribuir para o surgimento de *"policiais problemas"*, os quais, ao invés de ser uma resposta à sociedade, dela necessitarão para o seu próprio auxílio e honradez.

A imagem do policial, passada nos filmes do gênero, foge totalmente da realidade brasileira e de outros muitos países. O policial, assim como o magistrado, o promotor público, o médico, o psicólogo, o engenheiro e tantos outros profissionais, vem da sociedade em que vive. No caso, prestará um concurso público para mostrar aptidões e, posteriormente, poderá assumir como policial. É a mesma pessoa que poderia ser engenheiro, médico ou magistrado. Tudo o que fizer na sua vida profissional será um reflexo do que já era antes de ingressar na carreira. Certamente, a conforme sua personalidade, o meio poderá exercer maior ou menor influência sobre o seu jeito de ser, mas, a base, já vem de dentro de casa, de seu ambiente primeiro. Esta exposição se faz necessária para se desmistificar a imagem do policial super-herói, hollywoodiano. Este está sempre pronto para o combate, o qual é extremamente violento e com várias perseguições automobilísticas, explosões espetaculares, tiros certeiros e nenhum ônus para tanta destruição. O policial de *"carne e osso"* possui sentimentos, ri, sofre, tem família, esposa, filhos e, certamente, adora voltar para casa, são e salvo, depois do seu turno de trabalho, mesmo ciente e consciente do real risco em expor a própria vida em favor de terceiros.

E, repetindo, é um profissional do Direito, tanto quanto o advogado, o magistrado, o promotor público.

3.4.2.4. Documentação (Boletim de Ocorrência)

Dentro da burocracia estabelecida para o funcionamento adequado da Delegacia, há a necessidade de elaboração de vários documentos como autos de apreensão, ordens de serviço, termos de vistoria, certidões, atestados etc. O mais comum e conhecido é o Boletim de Ocorrência.

Este, o Boletim de Ocorrência, ou simplesmente BO, trata da formalização de uma *notitia criminis*, onde alguém leva ao conhecimento da autoridade policial local um fato

delituoso. A doutrina chama esta notícia de cognição imediata do fato delituoso. Será mediata quando chegar ao conhecimento da autoridade policial por representação da vítima ou de quem possa representá-la, requisição da Autoridade Judiciária ou do órgão do Ministério Público ou mediante representação. E será de cognição coercitiva quando da prisão em flagrante, uma vez que, juntamente com a notícia do fato, há a apresentação do autor.[118]

Ainda, a *delatio criminis* pode até ser verbal, hipótese do art. 5º, § 3º do Código de Processo Penal, admitindo-se, mesmo, o anonimato em tal denúncia.

Após a lavratura do BO, que deve ser assinado pelo responsável pela comunicação, o mesmo é remetido ao Delegado de Polícia para análise e deliberação. É o início, propriamente dito, da *persecutio criminis*. Caberá àquela autoridade decidir pela instauração imediata de ofício, do inquérito policial ou pela elaboração de um exame de procedência. Neste último caso, verificada a consistência da mesma, ele mandará instaurar o inquérito.[119]

O Delegado de Polícia observará, com minúcia, o teor das informações contidas no BO, verificando se há justa causa para, então, iniciar os procedimentos, tais como: tipicidade do fato, se não houve extinção da punibilidade, se o fato já é ou foi objeto de ação penal, se não há qualquer elemento probatório da existência do ilícito etc.[120] Sendo pertinente, procede-se à elaboração da portaria a qual conterá a descrição do fato delituoso, com o esclarecimento das circunstâncias que envolveram o fato e, também, a classificação legal do ilícito penal, uma vez que o objetivo do inquérito policial é o de apurar a materialidade, a autoria e as circunstâncias em que o mesmo ocorreu. Este ato, portaria, implica o seu registro em livro próprio da Delegacia, onde ficam consignadas as numerações dos inquéritos. Há uma relação de registros que devem ser lançados em livros próprios, os quais são obrigatórios, servindo cada um a uma finalidade específica, desde o controle dos funcionários (livro Ponto), passando pelo livro de protocolo, de inventário de bens patrimoniais e o de registros de BOs e Inquéritos Policiais – IP.[121]

Certamente, com o aumento da segurança e guarda das informações em meio eletrônico, este controle passará a ser realizado de modo digital, podendo-se acessar,

118 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 191.

119 O art. 5º do Código de Processo Penal estabelece as normas para a instauração e o início do inquérito policial e, no seu § 3º, menciona a viabilidade do exame de procedência, também chamado de dossiê.

120 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpret*ado.*** Op. cit., p. 42.

121 O estabelecimento da relação de livros obrigatórios, bem como, a quem compete a guarda e responsabilidade, consta do Provimento 04, de 19.03.1999, publicado em DOE 5.562, de 18.08.1999. Ao todo, se contabilizam 16 livros.

cadastrar e alterar dados de maneira mais rápida e eficiente. Parte deste trabalho, registro eletrônico de informações policiais, já está sendo executado no projeto BO *On-line.*

Seguramente, um dos documentos de maior importância dentro de uma Delegacia de Polícia é o BO, face à sua característica referencial para o desdobramento de todas as atividades policiais, tanto de polícia judiciária quanto de segurança, polícia ostensiva. E mais, ele importará, também, para as Secretarias da Segurança Pública, estadual e federal, pois é por meio das informações obtidas pelos registros policiais que será estabelecida a política no setor.

3.5. Anteprojeto do Código de 1941 e as propostas para supressão do Inquérito policial do ordenamento processual penal brasileiro

A Constituição da República autorizou os estados membros a elaborar suas legislações processuais, assim os Estados se apressaram em elaborá-lo, mas alguns, contudo, sequer chegaram a promulgar seus projetos, entre eles São Paulo, que foi avante com o Projeto Soares de Mello que não chegou a se converter em lei.[122]

Após a promulgação da Constituição de 1934, a qual estabelecia a competência privativa da União para legislar sobre direito processual e, constando se suas *"Disposições Transitórias"*, em seu art. 11, a determinação da elaboração de novo projeto de Código de Processo Penal, para todo o Brasil, com base neste dispositivo, formou-se uma comissão de juristas com a incumbência de elaborar o anteprojeto de uma nova legislação. E este leva o nome do então Ministro da Justiça, Professor Vicente Ráo.

Uma das principais inovações trazidas pelo referido projeto foi a implantação do Juizado de Instrução e a supressão do inquérito policial, permanecendo a polícia judiciária com função investigatória ao lado do juiz instrutor. Porém, em 1937 tal projeto foi abortado com a implantação do Estado novo.[123]

122 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 71.

123 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 71.

3.5.1. A previsão do Inquérito policial no Código de Processo Penal de 1941

Uma comissão de jurista de altíssimo nível[124] elaborou o projeto que propôs a unificação do direito processual penal, um só para todo Brasil, bem como propôs a rejeição do juizado de instrução e pugnou pela manutenção do inquérito policial. A idéia prosperou, e no meio governamental as teses foram aprovadas no seio da Comissão foram todas acolhidas.

Segundo enfatiza Roberto Maurício Genofre, o Ministro da Justiça Francisco Campos, ao determinar a publicação do novo diploma legal, em 03 de outubro de 1941, pelo Decreto Lei nº 3.689, seguindo a linha exposta, justificou a não adoção do juizado de instrução, na Exposição de Motivos, não só alegando argumentos de fato, entre as quais a extensão territorial do país e a escassez dos recursos humanos, mas também argumentos jurídicos, de mérito, concluindo, após refutar as críticas ao procedimento, que *"o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena".*[125]

3.5.2. A previsão do Inquérito policial na Constituição Federal de 1988

Logo após o notório avanço da manutenção do inquérito policial no Código de Processo Penal de 1941, agora é a vez da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, a qual dentre as suas inovações prevê em seu art. 144, a inserção das polícias civis, como órgãos de Segurança Pública, ao lado da Polícia Federal, ambas com a atribuição de polícia judiciária, e, ambas, estruturadas em carreira. Além disso, a própria institucionalização do inquérito policial materializado no art. 129, VII, da Constituição Federal, acolhe-o como *"definitivo instrumento formal da polícia judiciária".*[126]

E hoje, e na realidade brasileira, o inquérito policial tem demonstrado ser o instrumento básico garantidor de uma apuração isenta, onde acusação e defesa tem interesses respeitados, mas não preponderantes. E ainda hoje, muito pugnam pela sua extinção, e alguns ainda sonham com o Juizado de Instrução.

---

124 A comissão era constituída por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Viera Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz.

125 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 71.

126 GENOFRE, Roberto Maurício. Op. cit., p. 73.

4. O inquérito policial no Estado democrático de direito

4.1. Fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito

A concepção de Estado de Direito surgiu com o liberalismo do final do século XVIII, em virtude da oposição oposta pelos valores burgueses ao modelo absolutista de Estado. Fundava-se na submissão do Estado à ordem jurídica, desde que nesta estivessem consignados os interesses da classe burguesa emergente, assevera Marcus Alan de Melo Gomes.[127] Ou seja, caracterizava-se pelo mérito da lei, pela divisão de poderes e pela declaração e garantia dos direitos individuais.

Todavia, o abstencionismo do Estado de Direito redundou em severas iniqüidades, provocando a construção de um novo conceito de Estado, mais intervencionista no tendente a disseminar o bem-estar coletivo e a justiça social. Mais tarde, o Estado Social de Direito transmudou-se no Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e na real participação do povo na gestão d interesse público. Surgiu o princípio democrático como instrumento de concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

E Estado Democrático de Direito foi consagrado no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, e rege-se pelos seguintes princípios: princípio da constitucionalidade, princípio democrático (art. 1º), princípio da justiça social (art. 170, *caput*, e 193), princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, I), princípio da divisão dos poderes, princípio da independência do juiz (arts. 2º e 195), princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII), e sistema de direitos fundamentais (Títulos II, VII e VIII).

Consultando o texto constitucional, o *"caput"* aparecerá desta forma:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político.

[127] GOMES, Marcus Alan de Melo. A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Tratado temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Da análise do texto constitucional, percebe-se que o Estado de Direito pressupõe submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado de direitos e garantias individuais. É um conceito tipicamente liberal e formal. Não há compromisso com o conteúdo da lei ou os valores sociais subjacentes à sua produção.

Destaca-se ainda, que o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país.

Esses fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados no art. 1º, da Carta Magna têm como essencial para o conceito de Estado e indica supremacia na ordem interna e independência na ordem internacional.[128] Assim vejamos os fundamentos.

Por soberania, entende-se supremacia do Estado brasileiro tanto na ordem política interna e independência na ordem política externa (art. 1º, I). Ela é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com valor igual para todos (art. 14, I a III). É também um princípio da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, I). É poder supremo, porque não está limitado a nenhum outro na ordem interna.

Cidadania quer dizer não apenas a titularidade de direitos políticos como também civis (art. 1º, II). É exercida nas condições de elegibilidade (nacionalidade brasileira e pleno exercício dos direitos políticos - art. 14, § 3 º, I, III), sendo gratuitos os atos necessários ao seu exercício. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa também que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular.[129]

Em suma, a cidadania não significa mera titularidade de direitos políticos. Apresenta o sentido de que o poder político está assentado na soberania popular, exercida de forma ampla.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (art. 1º, III), assegurando-se condições dignas de existência para todos. Ressalte-se ainda, que a dignidade da pessoa humana condensa ou resume, como valor supremo, o sentido da existência do Estado. Assim, deve buscar o Estado, nos vários

128 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

129 MOARES, Alexandre de. Op,. cit., p. 415.

campos de sua ação (econômico, social, político, cultural, etc), a realização da pessoa humana na sua plenitude.

O texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Portanto, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e *"um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro"*.[130]

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. Já a dignidade humana constitui valor fundamental da ordem jurídica para a ordem constitucional que pretenda se apresentar como Estado democrático de direito. É valor jurídico fundamental da comunidade.

Constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, não podendo ser confundida com a referida à humanidade como um todo.

Segundo o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

> (...) o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus, além do que há tensões entre a dignidade de diversas pessoas. Inexiste direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição.[131]

Em suma, a dignidade humana, tomada como valor absoluto, privilegia o indivíduo, em sua perpétua contraposição com a sociedade. Tomada como princípio, necessariamente relativiza-se *"quando mais não seja, a dignidade de cada um limita-se pela igual dignidade dos demais"*.[132] Assim, em termos absolutos, não pode haver opção entre indivíduo e sociedade. É preciso optar pelos dois, ou seja, buscar uma solução de compromisso. Em um desses extremos há de situar-se a sociedade, o que, a final de contas, decorre da própria natureza do Direito, que diz respeito, sim, ao homem, mas enquanto ser social.

---

130 FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos.** A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 51.

131 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76.

132 *Ibidem,* p. 77.

Seu desrespeito nos Estados e no Distrito Federal é motivo de intervenção federal (art. 34, VII, "b") e deve ser preservada pela segurança pública (art. 144). Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

No que tange os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem o fundamento não só da ordem econômica (art. 170) e social (art. 193), mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). Isso significa que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Além disso, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

E por fim, o pluralismo político é decorrência do Estado Democrático de Direito, que assegura os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e tem por fundamento o pluralismo político (art. 1º, V). Isso quer dizer a livre formação de correntes políticas no país, permitindo a representação das diversas camadas da opinião pública em diferentes segmentos. Daí falar em pluralismo social, político (art. 1º, V), partidário (art. 17), econômico (art. 170), de idéias e de instituições de ensino (art. 206, III), cultural (art. 215 e 216) e de meios de informação (art. 220, caput e § 5º).

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a Carta Política especifica objetivos fundamentais do Estado. No dizer de José Afonso da Silva: *"(...) valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana".*[133]

A defesa do Estado Democrático de Direito é uma exigência constitucional.

4.2. A inserção dos direitos e garantias fundamentais no Inquérito policial

A apreciação do inquérito policial no Estado Democrático de Direito é, essencialmente, a verificação do alcance das normas instituidoras dos direitos e garantias fundamentais sobre o referido procedimento.

Assim sendo, é de se destacar que os direitos fundamentais, tais como positivados em nossa ordem constitucional, não são um fenômeno isolado dentro da história. Posto que,

133 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 110.

inserem-se num contexto global de valorização da criatura humana que deixa de ser objeto de Estados tirânicos e passa a ser sujeito dos destinos da coletividade politicamente reunida sob a forma de Estado. Tal concepção encontra-se profundamente embebida nas idéias rousseaunianas de contrato social, no qual fica evidenciado que a concessão que o indivíduo faz ao Estado não é absoluta e que só se justifica na medida em que esse mesmo Estado possa produzir uma entidade que garanta melhores perspectivas de vida a cada homem.

Direitos humanos, direitos fundamentais ou liberdades públicas são *"prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado"*.[134]

Na sua gênese está muito bem vincada a sua característica de mecanismo defesa do indivíduo. Defesa contra todas as ameaças que possam macular a dignidade do homem impedindo o desenvolvimento pleno de suas potencialidades.

Primeiramente, há de se estabelecer às diferenças entre as seguintes terminologias: Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas. Não obstante serem utilizadas como sinônimos existem diferenças entre esses termos, dependendo do critério de análise (de acordo com o direito natural, liberdade, origem etc.).

Assim, destaca Alberto Nogueira que, para os autores, Blanca Martinez de Vallejo Fuster, os direitos humanos são aqueles *"positivados no âmbito internacional e os direitos fundamentais são aqueles garantidos pelos ordenamentos jurídicos estatais"*.[135] E complementa ainda o autor, que segundo Dominique Turpin, os *"direitos humanos se situam em um campo mais filosófico, e as liberdades públicas são mais jurídicas e recentes"*.[136]

Para outros, nem todo direito humano é fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico-positivo.

Os Direitos Humanos, abordado no singular, direitos do homem, transmite a idéia de posse, questão essencial da natureza humana. Os direitos humanos também são enfocados como direitos subjetivos e pertencentes aos princípios gerais de Direito.

Assim, destaca ainda, Alberto Nogueira que, Marx alegava não existir direitos humanos no Estado Burguês, pois este só assegurava os direitos da classe burguesa e não de todos, e

134 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 165.

135 Nesse sentido: NOGUEIRA, Alberto. **A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação.** Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 12.

136 NOGUEIRA, Alberto. Op. cit., p. 14.

para Hegel, o Estado deveria ser o condutor e assegurador dos direitos humanos, só o poder estatal pode garantir liberdade moral e responsável.[137]

E assim, destaca ainda que "a teoria e a prática dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e das Liberdades Públicas, longe de se excluírem, se completam. São as três rotas de confluência para o autêntico Estado Democrático de Direito".[138]

Ainda, resta destacar que os direitos do homem, encontram-se intimamente ligados ao Direito Constitucional. Visto que, atualmente, em quase todas modernas constituições os direitos humanos estão albergados, sob a denominação de direitos fundamentais.

Corroborando com esse entendimento José Luiz Quadros de Magalhães, assevera que "quando falamos em Direitos Humanos, utilizamos esta expressão como sinônima de direitos fundamentais".[139]

Os direitos dos homens, neste contexto, deverão ser positivados pela Constituição Federal, para que assim, se tornem direitos constitucionais fundamentais. Com bem assinala Luiz Carlos Martins, que isso vigora no âmbito interno, posto que estão também protegidos pela ordem jurídica internacional, tornando-se direitos internacionais fundamentais. São os direitos fundamentais, na feliz expressão de Paulo Bonavides, o oxigênio das constituições democráticas. [140]

O termo liberdade é de difícil definição, assim, aponta Alberto Nogueira que "a liberdade é uma propriedade em que se adquire com a vida, provando-a e experimentado-a.".[141]

O conceito de liberdades públicas, para o liberalismo francês, é aquele conjunto de liberdades garantido pelo poder estatal, registrado em uma legislação. As liberdades públicas, além de ser declaradas, devem ser condicionadas a todos os cidadãos, ou seja, efetivada.

137 NOGUEIRA, Alberto. Op. cit., p. 14.

138 *Ibidem*, p. 27.

139 QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna. *Apud.* ALVES JÚNIOR. Luiz Carlos Martins. **Direitos Humanos, municipalização e globalização à luz do Direito Constitucional Comparado.** Disponível na Internet: http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/D184.htm. Acessado em 02 de maio de 2006.

140 ALVES JÚNIOR, Luiz Carlos Martins. Op. cit., disponível na Internet.

141 NOGUEIRA, Alberto. Op. cit., p. 35.

Por fim, os direitos fundamentais foram conquistados mediante a superação de numerosas barreiras. Assim, importante saber que todas as leis devem observar os direitos fundamentais do homem.

No Brasil, tais direitos são comparados às *cláusulas pétreas*. Desse modo, os indivíduos passam da abstratividade para um contexto mais concreto, sendo essencial a tutela dos direitos fundamentais pelo Estado.

Conforme Paulo Bonavides ao pontificar que os Direitos Fundamentais almejam "criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana".[142]

Desta forma, o edifício dos direitos fundamentais construídos pelo constituinte brasileiro de 1988 é sintomaticamente mais sólido do que as construções anteriores. Assim, o que se quer a partir daqui é observar a inserção desses direitos e garantias fundamentais no inquérito policial.

4.2.1. Princípio do contraditório

No processo penal acusatório, a garantia do contraditório assegura a ampla defesa do réu e, portanto, é um dos corolários do devido processo legal. É este um direito que fomenta a igualdade das partes, constituindo, assim, um baluarte dos direitos de personalidade inerentes ao ser humano. A ausência do contraditório na persecução criminal torna-se uma violência, pois o réu se torna indefeso, infligindo afinal um grave dano a sua dignidade.

Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado, dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: *"nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito"*.[143]

---

142 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. *Apud.* ALVES JÚNIOR. Luiz Carlos Martins. Op. cit., disponível na Internet.

143 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 25.

O contraditório em seu conteúdo compreende um instrumento de dialética dirigida ao juiz conduzindo-o a um convencimento essencial, para que possa com a sua liberdade de juízo de valor, assentar uma resolução do litígio na *persecutio criminis*. Por outra vertente, ao ser estabelecida a igualdade de condições das partes (*audiatur et altera parts*) no processo penal tem-se uma isonomia processual ou par *conditio* garantindo a eficácia e a legitimidade da prestação jurisdicional do Estado. Aliás, Julio Fabbrini Mirabete acentua que do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.[144]

Neste mesmo sentido, Germano Marques da Silva, ao afirmar que este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respectivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discretear sobre o resultado de umas e outras.[145]

No que tange ao acusador, este terá de fundamentar, na sua peça processual, a narrativa clara e precisa dos fatos *"que está a imputar ao futuro réu, a fim de que este tenha pleno conhecimento da acusação, podendo elaborar sua defesa e produzir as provas necessárias, sob pena de inépcia da inicial, por violação ao princípio em testilha"*.[146]

Assim, após o início de uma persecução criminal, surge com referência ao réu (acusado ou argüido) um efeito natural desabonador à sua personalidade, pois cria em sentido lato um *strepitus judici*: a veiculação da imagem do argüido perante a comunidade, tornando-o, de certo modo, *persona non grata*, antes mesmo da existência de uma ação penal, trazendo-lhe prejuízo moral e até mesmo material. Desta forma, conclui-se da importância do acusador atuar com o interesse comprovado desde o início a fim de impedir uma deslealdade processual, o que tornaria ainda maior o gravame quanto à imagem do argüido perante o corpo social: afetando por fim a sua dignidade.

144 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** Op. cit., p. 43.

145 SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, V. II , Ed. Verbo. p. 77.

146 FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 52.

Ademais, o contraditório pertence à classe de garantias constitucionais especiais, por estatuir técnica e mecanismo que limita a atuação do acusador (Órgão Estatal ou particular), protegendo o direito de personalidade do argüido de modo especial.

A questão da admissibilidade tanto do contraditório como da ampla defesa no inquérito policial é debatida desde o advento da Constituição Federal de 1988.

E atualmente, é espontaneamente majoritária na doutrina a concepção de que a previsão constitucional do contraditório. Sobre o assunto, reza o art. 5º, LV, da Constituição que *"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 inerente".*

Não há como negar a margem deixada pela redação do artigo. Tanto é assim, que a doutrina viu-se sistematicamente na obrigação de assentar que o contraditório, em especial, e a ampla defesa, como idéia geral, não se aplicavam ao inquérito policial.

Os argumentos são dos mais variados, conforme será demonstrado sistematicamente no item 4.3. deste estudo. Mas, aqui vale ressaltar que, em regra, os argumentos contrários a inserção desses princípios em sede de inquérito policial centram-se na inquisitividade própria da natureza jurídica do inquérito, bem como na afirmativa de que não há acusado na fase policial, mas sim mero investigado, o que não é, com efeito, situação idêntica, e de que também não há qualquer forma de litígio. E tais argumentos serão objetos de análise mais aprofundada, bem como serão rebatidos mais adiante.

Tem-se, assim, que quando o constituinte fala em processo administrativo faz referência àqueles expedientes em que se discutem, na esfera da Administração Pública, bens e direitos, podendo o feito resultar na posição da Administração no sentido de conferir ou restringir um bem ou um direito. Em outras palavras, são aquelas hipóteses onde pode haver um derrotado, isto é, alguém que pelejou por algo e viu-se frustrado.

Para essa corrente doutrinária não há no inquérito policial tal caráter. Pois, ali não há qualquer bem ou direito em jogo, e aqui já se pode fazer a primeira crítica. Pois, de forma direta pode até ser que não há bem ou direito em jogo, mas há de forma indireta e, além disso, há interesse.

No sentido de não conferir tais princípios ao inquérito policial, assevera André Rovegno que, a investigação policial corporificada no inquérito presta-se *"ao esclarecimento da verdade sobre determinado fato. Não resultando em supressão ou concessão de qualquer bem da vida*

a quem quer que seja. Ainda que a repercussão – especialmente aquela jornalística – possa ser muito grande, efetivamente não se perdem ou ganham bens ou direitos através do inquérito, como em regra acontece nos processos administrativos onde há indivíduos ocupando posições de litigantes".[147] Contudo, apesar disso, os argumentos contrários são muito mais ponderáveis conforme será demonstrado.

4.2.2. Princípio da ampla defesa

O réu tem contra si uma medida contrária aos seus interesses emitida pela vontade estatal ou pelo particular, e o modo para contrariá-la ou repeli-la é defender-se. Na visão de Grinover, numa perspectiva de direito público, a defesa é mais do que um direito, constitui *"uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro"*.[148]

Para Greco, consideram-se meios inerentes à ampla defesa: *"a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça; e e) poder recorrer da decisão desfavorável"*.[149]

Estamos aqui mais uma vez vislumbrando uma garantia processual, entretanto, esta garantia fundamental da pessoa compete a todos indistintamente: pessoa física ou jurídica, nacionais ou estrangeiros, como atributo da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos. Assim, antes de ser uma proteção própria processual dirigida ao Réu, tem a sua gênese vinculada à personalidade humana. O Réu nomeadamente no processo penal terá de ter a possibilidade de defender-se amplamente da acusação pela qual foi formulada pelo Estado (v.g, representado pelo Ministério Público) ou pelo queixoso. O termo amplamente tem o significado de extenso, ou seja, a defesa do Réu terá a faculdade de usar todos os meios de prova possíveis, desde que não sejam imorais ou ilegítimos, para comprovar a inocência daquele que se encontra sofrendo a *persecutio criminis*.

Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma: *"Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender*

147 ROVEGNO, André. O inquérito policial no estado democrático de direito. **In: Revista ADPESP.** Ano 23, nº 32, outubro de 2003. p. 56.

148 GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Processo**: Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, agosto de 1999. p. 8.

149 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

necessário".[150] Além disso, o réu terá *"o direito absoluto ou pleno"* de defender-se da citada acusação, de modo a consagrar-se como um direito resultante de sua personalidade: inalienável, imprescritível e irrenunciável. Por completo, o réu, terá voz no processo penal e a sua repercussão terá de ser imediata sob pena de o Réu vir a sofrer uma violência em sua dignidade como pessoa.

A propósito, o Estado tem *"o dever de proporcionar a todo réu a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados"*.[151] Afinal, o direito à ampla e plena defesa do Réu consiste num direito individual inerente à pessoa humana, em razão de sua autonomia e independência, ou seja, somente interessa a ela e a mais ninguém.

4.3. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Não pode a questão da compatibilidade ou não da existência de contraditório e de ampla defesa no inquérito policial ser abordada de forma arbitrária. Por isso, nesse tópico serão trazidos os argumentos contra e a favor da inserção desses princípios no instituto, para somente depois serem tecidas as opiniões pessoais no que tange a problemática.

Atualmente, se discute, e muito, a necessidade deste procedimento investigatório. Alguns doutrinadores sustentam veementemente que tal procedimento é absolutamente desnecessário, destituído de qualquer utilidade tendo em vista a exigência da confirmação do resultado das investigações em juízo. Por outro lado, contudo, há os que defendem a idéia de que é o inquérito policial de extrema importância, pois respalda a maioria das condenações criminais.

Um posicionamento que vem adquirindo adeptos defende a processualização do inquérito policial, que consiste no afastamento do mecanismo inquisitorial do inquérito, admitindo-se assim o contraditório. A processualização seria uma saída rumo ao fortalecimento do procedimento e ensejaria a não repetição em Juízo, das provas obtidas no procedimento investigatório. Segundo a corrente doutrinária que defende a adoção de tais princípios ao inquérito, sua fundamentação está embasada no inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal.

150 MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 118.

151 FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 253.

Diz referido art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e, geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

Os defensores da processualização do inquérito policial sustentam que tal norma constitucional reafirma a garantia do contraditório e ampla defesa no processo penal, e prevê uma característica não existente na Constituição anterior, tal qual: *"o direito ao contraditório nos processos administrativos e judiciais"*. A doutrina discute muito acerca da inserção do princípio do contraditório, sendo que no diz refeito a garantia da ampla defesa não tem a doutrina gerado controvérsias. O problema maior reside na admissão do contraditório.

Para aqueles operadores jurídicos que lidam diariamente com a investigação criminal a admissão do contraditório nesse procedimento significaria uma burocratização exarcebada da investigação criminal, pois o investigado teria todas as garantias do acusado em processo criminal. Mas, não é bem assim.

Inicialmente, a garantia do contraditório e da ampla defesa consagrada da Constituição revogada aplicava-se apenas ao processo penal, sendo, com a promulgação da Constituição de 1988, alargado a todos processos administrativos e judiciais. Clara manifestação do Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório traduz-se na ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade, ou seja, possibilitando a atuação das partes na formação da convicção do juiz. Ciência esta, que no processo civil é eventual e não necessária, enquanto no processo penal eleva-se ao *status* de obrigatório e necessário, não existindo, pois um réu sem defensor, posto que no processo-crime encontra-se em jogo o valor indisponível da parte – a liberdade.

Ao lado do contraditório tem-se a outra garantia constitucional – o da ampla defesa. Esta mais utilizada no processo penal, onde há maior ênfase na posição do réu. Sendo o contraditório garantia entendida tanto ao autor quanto ao réu.

A aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, tal como enuncia Célio Luiz Ferreira é essencial, tendo em vista ser o *"inquérito policial um procedimento fundamental no atual sistema processual vigente, fato que justifica o seu aprimoramento e adequação a nova realidade processual penal brasileira".*[152] E esse

[152] FERREIRA, Célio Luiz. O novo Inquérito Policial e os princípios da celeridade e do contraditório. **In: Revista ADPESP,** ano 23, nº 32, outubro de 2003.

aprimoramento e adequação deve asseverar-se no princípio da legalidade e entre outros, mais dois princípios básicos: celeridade e contraditório.

Fala-se também no princípio da celeridade, vez que este consiste em agilizar os atos processuais visando coibir os atos protelatórios, aumentando assim, a eficácia da lei e do direito de punir do Estado, e sida desafogar os cartórios dos distritos e do poder judiciário.

Deve-se valorar o inquérito policial com a finalidade de torná-lo mais célere recuperando o seu valor processual e jurídico, elevando a qualidade do trabalho investigatório, valorizando o próprio Delegado de Polícia e seus agentes.

As críticas contra o inquérito policial são das mais diversas, mas é importante destacar que se trata este de um procedimento centenário, que deve ser reformulado, modernizado deixando-o célere e eficaz, como peça fundamental ao oferecimento da denúncia e até mesmo como procedimento inicial do processo, admitindo-se o contraditório e a ampla defesa. Pois tais princípios consistem no direito do réu saber a acusação que lhe é feita e ater amplo direito de defesa, oferecendo chance da defesa ao acusado e oportunidade de apresentar todo tipo de defesa prescrita em lei.

Hoje, ainda segundo as palavras do doutrinador Célio Luiz Ferreira, diante dos altos índices de criminalidade registrados, que sobrecarregam nossas delegacias e tribunais mister é que *"o inquérito policial seja célere, menos burocrático e menos formalista, na busca da verdade real; devendo as peças do inquérito policial serem reduzidas ao necessário, comunicando-se o judiciário no caso de flagrante delito, traves de computador "on-line", e diminuindo-se o número de peças emitidas"*.[153]

Bom, cumpre aqui indagar: o que seria na verdade o inquérito policial? A única definição que temos em nosso ordenamento jurídico é a do Dec. 4.824, de 22 de novembro de 1871, o qual em seu art. 11, § 3º (parte final), c/c art. 42, o define como *"verificação da existência da infração penal o descobrimento de todas as suas circunstâncias e da respectiva autoria"*.

Pois bem. Primeiramente, tem-se que analisar a natureza jurídica do inquérito policial. Sabe-se que uma característica inerente ao inquérito policial é o seu caráter inquisitivo, ou seja, as atividades nele desenvolvidas são presididas por uma única autoridade, agindo esta de ofício ou provocada, empregando as atividades necessárias para a execução do fim primário de todo inquérito policial – o esclarecimento do crime e da sua autoria. Diante disso, percebe-se

153 FERREIRA, Célio Luiz. Op. cit., p. 14.

que no inquérito policial predomina as atividades probatórias, a fim de embasar uma futura e eventual ação penal, tornando dissociada, desta fase, a figura do *"acusado"*, existindo apenas o *"indiciado"*.

Apesar, de no inquérito policial estar o indiciado incapaz de exercer o contraditório, na sua forma comissiva, deve ele, quando privado de sua liberdade, ser aplicado no seu segundo elemento – a ciência, através da Nota de Culpa. Apesar de não mencionada expressamente no art. 5º, LXIV, leciona José Frederico Marques, *"que este artigo assegura os mesmo direitos contidos no referido documento. Esta consiste em ciência dos motivos da prisão imposta ao indivíduo colocado em custódia durante a fase investigatória, ou por motivo de prisão em flagrante delito"*.[154] Neste rigor jurisprudência, assim já se manifestou ao se referir à nota de culpa como requisito de prisão decorrente da investigação criminal:

> CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – Não há que se falar em constrangimento ilegal quando o flagrante obedeceu todas as formalidades legais, tendo inclusive sido entregue a Nota de Culpa ao paciente, estando a Instrução Criminal rigorosamente dentro do prazo, não havendo qualquer coação prevista no art. 648 do Código de Processo Penal ensejadora de Habeas Corpus. 2) O Habeas Corpus tem seu alcance limitado, não sendo meio viável para se discutir matéria probatória, devendo tal assunto ser apreciado na Instrução Criminal. 3) Ordem denegada. (grifo nosso) (TJAP – HC 017895 – Câmara Única – Macapá – Rel. Des. Gilberto Pinheiro – DJAP 11.04.1995).

A aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial hoje apesar de ter muitos doutrinadores contra é mais bem aceita.

Muitos dizem ser desprovido do contraditório, o inquérito policial, peça informativa dos elementos necessários para a propositura da ação penal, não justifica por si só decisão condenatória, devendo, pois, no decorrer do processo-crime colhidos elementos que a justifique sob pena de ferir o art. 5º, LV da CF/88.

Porém, tais argumentos não hão de prosperar tendo em vista a característica denominada inquisitoriedade, que tem suas raízes no Direito Romano. Esse sistema era composto de três fases: fase das informações, da instrução preparatória e do julgamento. Uma de suas principais características era a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador (que acusava, julgava e muitas vezes até defendia) e o seu caráter secreto, sigiloso e sempre escrito. O réu exercia o papel de mero objeto das investigações, o que possibilitava a realização de torturas com a finalidade de obter a confissão.

154 MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 266.

Atualmente, dentre os vários elementos que expressam a inquisitoriedade inerente a atividade investigatória, podemos citar:

> A possibilidade do Delegado de Polícia instaurar o inquérito policial de ofício (*ex officio*), nos casos em que tomar conhecimento da ocorrência de crime inserido no rol de delitos sujeitos a ação penal pública incondicionada;
>
> A discricionariedade de empreender quaisquer investigações que ache necessárias para a elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor;
>
> A impossibilidade do indiciado exigir que sejam ouvidas determinadas testemunhas, dependendo exclusivamente do arbítrio da autoridade policial.[155]

O doutrinador Fernando Capez entende que a natureza inquisitiva do inquérito pode ser evidenciada pelo artigo 107 do CPP, que proíbe a argüição de suspeição das autoridades policiais, e pelo artigo 14, que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado, com exceção do exame de corpo de delito, de acordo com o previsto no artigo 184 do CPP.[156]

Em sendo assim, importa destacar mais uma vez o art. 5º, LV da Constituição Federal. Pois, para os defensores da processualização do inquérito policial, essa norma constitucional reafirma a garantia do contraditório e ampla defesa no processo penal, e prevê uma característica não constante na Constituição anterior.

O contraditório deve ser admitido na investigação criminal, pois esse procedimento é um procedimento administrativo, composto por um conflito de interesses, que expressa a existência de litigantes, que proporciona uma carga processual, e origina a necessidade de garantias inerentes ao processo.

Fauzi Hassan Chouke é favorável a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no procedimento investigatório. Ele defende o entendimento acima exposto no sentido de que conforme a Constituição Federal, o responsável pela investigação deve proporcionar ao investigado, meios de prova que favoreçam o mesmo.[157] Contudo, alguns doutrinadores defendem que o direito ao contraditório deve surgir a partir do formal indiciamento e não a partir da instauração do inquérito policial.

---

155 TOURINHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 186.

156 CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 78.

157 CHOUKE, Fauzi Hassan Garantias **Constitucionais na investigação Criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 98.

E acerca disso, Rogério Lauria Tucci, sustenta que:

> (...) até o indiciamento formal não há necessidade de contraditório, porém, a partir deste ato, o contraditório passa a existir e o indiciado passa a contar com todas as garantias previstas na Constituição Federal, com especial destaque para a possibilidade de permanecer em silêncio durante o interrogatório, um direito do indiciado que não pode ser interpretado desfavoravelmente à sua pessoa, sob pena de estar-se rasgando a Constituição.[158]

Corroborando com o entendimento acima exposto, Sérgio de Moraes Pitombo asseverou que "reunidos os elementos informativos tidos com suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes".[159]

Jurisprudencialmente há também no Supremo Tribunal Federal, decisão no sentido de acolher a ampla defesa a partir do indiciamento do investigado:

> A situação de ser indiciado gera interesse de agir, que autoriza se constitua, entre ele e o Juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo ainda que em fase de inquérito policial. A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.[160]

Por sua vez, Renato de Oliveira Furtado defende a existência dos princípios e garantias constitucionais em contrapartida às fórmulas sigilosas, inquisitórias e arcaicas, uma vez que *"o inquérito policial diante dos princípios e garantias constitucionais hoje vigentes, não pode sobreviver às fórmulas sigilosas, inquisitórias e arcaicas ainda empregadas e defendidas pela mais respeitável doutrina".*[161]

Os doutrinadores contrários a adoção do contraditório no inquérito policial consideram o indiciado como mero objeto de investigação.[162] E acerca desse entendimento, Fernando da

---

158 MARTINS, Ricardo Maffeis, **Reforma Penal (II)** - Os problemas do arquivamento das investigações pelo MP. Disponível em: www.direitocriminal.com.br. Acesso em 25 mai. de 2006.

159 MARTINS, Ricardo Maffeis. Op. cit., p. 01.

160 Nesse sentido: RT 522/403.

161 FURTADO, Renato de Oliveira. **O advogado e o inquérito policial.** *In:* Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1050>. Acesso em: 09 mai. 2006.

162 A 1a Turma do STF entende de forma diversa. O entendimento que impera na 1a Turma é de que o indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, em razão disso não pode ser considerado mero objeto de investigações. "A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado além de eventualmente induzir lhes a

Costa Tourinho Filho afirma que *"não teria sentido admitir-se 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*".[163] O autor ao tratar da natureza do inquérito, afirma que apesar do artigo 5º, LV, da CF, não há contraditório, pois no inquérito não há acusado, e não há processo.

Antonio Scarance Fernandes se posiciona contra a exigência de contraditório e ampla defesa no inquérito policial em virtude deste procedimento não ser um processo administrativo, sendo apenas um conjunto de atos praticados por uma autoridade administrativa.[164]

Mas, não é bem assim, pois sendo o inquérito policial um procedimento administrativo e havendo um acusado, em sentido amplo, impõe-se a garantia do contraditório. Até porque, não deve ser o inquérito policial analisado sob a ótica de um mero procedimento administrativo, mas sim um processo administrativo, que deve ser construído com a participação efetiva do indiciado.

Ademais, convém lembrar que com a entrada em vigor da Lei nº 10.792, em 2 de dezembro de 2003, significantes alterações foram introduzidas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984) e no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), interessando dentre elas, justamente no Titulo VII, Cap. III, ao dispor sobre o interrogatório (art. 185 e seguintes).

Dentre as inovações, a nova lei exige a presença de advogado, constituído ou nomeado, no interrogatório do réu (que poderá ser realizado até em estabelecimento prisional), como forma de assegurar maior amplitude de defesa (art. 185). Portanto, o ato não subsiste como inquisitivo do juiz, é contraditório. Não bastasse, ampliando e assegurando os meios de defesa, garante o direito de entrevista reservada do acusado com o advogado, ocasião em que poderá receber orientação técnica (art. 185, § 2º). Há a possibilidade de admitir perguntas do defensor e do promotor (art. 188). E, em adequação ao novo Código Civil, já não há necessidade de nomeação de curador ao réu menor de 21 anos (art. 194 foi revogado).

responsabilidade penal por abuso de poder; pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial". (1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/10/96, pag. 37100).

163 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 183.

164 FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 155.

Se com a nova lei, profundas mudanças foram introduzidas no interrogatório, tais também deverão ser observadas pelo delegado de polícia no inquérito policial, por imposição do art. 6, inciso V, do Código de Processo Penal.

Exige-se, agora a presença de advogado, constituído ou nomeado, para o indiciamento do investigado, especialmente quando preso em flagrante delito. Possibilita-lhe a entrevista reservada com o defensor e deste a promoção de perguntas. Não há necessidade de nomeação de curador para indiciados menores de 21 anos, mesmo porque, presente o advogado, inútil a fiscalização dos atos por outra pessoa.

O advogado, atuando no inquérito policial, é o reconhecimento do contraditório neste procedimento, porque assegura ao indicado conhecimento das provas produzidas na investigação, o direito de contrariá-las, arrolar testemunhas e promover perguntas, direito a não ser indiciado com base em provas ilícitas e o privilégio contra a auto-incriminação.

Obviamente, sob pena de total insensatez e inocuidade do procedimento investigatório, não se fala em contraditório no início das investigações, mas após o reconhecimento dos indícios da conduta delituosa motivadoras do indiciamento. O contraditório, após o indiciamento, não conspira contra o êxito das investigações, ao contrário, assegura maior legitimidade as conclusões da investigação.

A adoção do princípio dá ao inquérito policial outra natureza, não de peça meramente informativa, mas com valor de prova na instrução. Conseqüentemente, mais célere e mais rápida a prestação jurisdicional.

Não se poderia argumentar contra a inovação, pois de certa forma já é reconhecida a sistemática no inquérito judicial para apurar crime falimentar e no inquérito policial elaborado pela Polícia Federal com fim de expulsão de estrangeiro.

4.4. Inquérito policial no Estado democrático de Direito

Como se viu, o Estado Democrático de Direito é, então, aquele que efetivamente reúne as condições para a efetivação da desejável democracia, tanto no sentido formal quanto material. Cabendo assim, a efetiva participação livre do povo no processo político, principalmente votando e sendo votado, bem como por outro lado. A produção e subsistência de um ordenamento jurídico livre, justo, apto a resguardar direitos e promover um processo de divisão eqüitativa da riqueza, da cultura e das oportunidades.

E justamente nesse sentido, entra o inquérito policial que é instrumento que se vale para resguardar os direitos e promover a justiça.

Vale destacar que algumas idéias estão profundamente plantadas dentro do Estado Democrático de Direito, não podendo ser dele retiradas sem que se esfaleça o próprio ideal em jogo. Muitas delas, direta ou indiretamente, atingem a atuação policial e, em conseqüência, o Inquérito Policial. Não se pode falar em Estado Democrático de Direito, sem que se deixe assentado que um Estado desse gênero deverá estar efetivamente comprometido com valores como: a constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais, o princípio da justiça social, o princípio da igualdade, o princípio da divisão de poderes, o princípio da legalidade e finalmente o princípio da segurança jurídica.[165]

E dentre tais princípios, não há como negar que atinge diretamente a ação da polícia judiciária o do sistema dos direitos fundamentais e, em decorrência o da constitucionalidade, o da igualdade e o da legalidade. Assim falar em inquérito policial no estado Democrático de Direito é, fundamentalmente, apreciar o alcance dos preceitos do rol constitucional do art. 5º, sobre o referido procedimento policial.

Dada a circunstância de que a peça fundamental e que corporifica a parcela principal das ações da polícia repressiva é o inquérito policial, tendo-se como indiscutível que sua elaboração deve se pautar pela atenta observação de todos os direitos fundamentais como dado incontestável do Estado Democrático de Direito. Devendo assim, a autoridade policial trabalhar com o texto do art. 5º, da Carta Magna, como norte, como limite intransponível a orientar cada passo de sua atuação profissional.

4.4.1. Reforma Processual

Aqui importa destacar as ponderações de Bismael B. Moraes, o qual frisa que "dentre os membros da Comissão da Reforma no Código de Processo Penal, esta nomeada pelo Ministro da Justiça, quantas autoridades policiais, Delegados de Polícia, formados em Direito e concursados com provas e títulos, existem?"[166]. Se histórica e legalmente, e hoje com fundamento na Constituição de 1988 (art. 144, § 4º), são os Delegados de Polícia as

165 ROVEGNO, André. Op. cit., p. 38.

166 MORAES, Bismael B. O inquérito é mera peça informativa?. **In: Revista da ADPESP**, ano 23, nº 32, outubro de 2003.

autoridades responsáveis e as mais cobradas na apuração das infrações penas, e porque eles ainda assim ficam de fora.

O inquérito policial tem mais de 130 anos de existência, e é hoje de imensurável importância, mas não tem sido ele, só ele, o arcabouço das apurações e das provas das maiorias das infrações penais, fato que é atestado pela lamentável superpopulação carcerária. Se os julgamentos pelo acúmulo de serviços e pela falta de meios, também são demorados (pois os juízos criminais estão abarrotados), não é estranho que a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, que não conhece ou não quer conhecer a realidade da falta de prevenção criminal e a sobrecarga que isso traz para a apuração penal. E assim quando os fatos não são evitados, a Comissão culpa o inquérito policial. Tal posição não pode prevalecer.

Não há qualquer dúvida de que todos nos queremos uma justiça rápida. Mas, imagine-se o risco para a liberdade do indivíduo, caso fosse ele processado, julgado e condenado, sem uma análise ponderada de tudo pelo magistrado. Por isso, não deve prevalecer o entendimento de que é o inquérito policial uma *"mera peça informativa"*, propondo a sua extinção ou substituição.[167]

4.4.2. Inquérito democrático

O inquérito como se viu, tem defensores tem vários segmentos doutrinários, e hoje, muito embora o ensino científico da Polícia ainda seja uma aspiração proclama por uma reforma urgente. Nesse sentido, para Paulo Lúcio Nogueira *"apesar das críticas que tem sido feitas a verdade é que o inquérito constitui a melhor forma de colher os elementos a respeito de um crime e seu autor, não só em razão da dimensão territorial do nosso país, mas também em razão da diversidade de meios existentes em cada Estado (...) não se pode negar que o inquérito contém palavras de real valor, pois predomina o princípio da imediatidade"*.[168]

Os doutrinadores têm alertado, cabendo ao legislador escutá-los. Esta, porém, em se revelado uma dificuldade quase incompreensível. Pois, *"no atual estágio do conhecimento humano, não é compreensível que se deva olhar para frente, caminhando-se de costas (...)*

167 MORAES, Bismael B. Op. cit., p. 98.

168 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1990.

Estadual o direito, alheando-se do real e preocupando-se mais em pesquisar matéria teórica, diante da justiça".[169]

Convém lembrar que, a verdade é que o delegado é o juiz do fato (um juiz comunitário). Enquanto o judiciário não é órgão de consulta, como se assevera, o delegado de polícia dá consulta, orienta, adverte, admoesta, ouve queixas e desabafos. E nesse sentido, o inquérito policial tem sido sua melhor ferramenta de trabalho, seu instrumento por excelência para a realização da busca da verdade real, objetivando a recomposição do tecido social violado e estabilização das relações sociais para a consecução da paz e felicidade das pessoas.

4.5. O Inquérito policial e o juizado de pequenas causas

Segundo o art. 69, da Lei nº 9.099/95, o termo circunstanciado pode assim ser sintetizado:

> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com autor do fato e a vitima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
>
> Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se importará prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência domestica o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima (Parágrafo com redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.05.2002).

Nas palavras de Damásio E. de Jesus, o termo circunstanciado é: "um simples boletim de ocorrência circunstanciado que substitui o inquérito policial. Deve ser sucinto e conter poucas peças, garantindo o exercício do princípio da oralidade".[170]

O art. 69, visando dar maior celeridade ao procedimento investigatório, dispensou a instauração do inquérito policial para apurar as infrações de menor potencial ofensivo, e em seu lugar foi instituído o termo circunstanciado que a autoridade deverá lavrar assim que tomar conhecimento da ocorrência.

---

169 MORAES, Bismael Batista. **Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

170 JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996. E ainda segundo as lições acima, importa destacar que o Inquérito Policial é dispensável, nos moldes do art. 77, § 1º, mas não proibido.

Segundo Victor Eduardo Rio Gonçalves a sua finalidade é a mesma do inquérito policial, mas aquele é realizado de maneira menos formal e sem a necessidade de colheita minuciosa de provas.[171]

Em síntese, deverá conter no termo circunstanciado, além de outros elementos que a autoridade policial entender pertinentes, a qualificação completa da vítima e do autor do fato, além, se for o caso, do responsável civil (quando o autor do fato, por exemplo, for preposto de uma empresa); sumário dos fatos, especificando data, local e hora, além das versões das partes e das testemunhas; indicação da prova material apreendida no momento do delito; a qualificação completa das testemunhas; a indicação dos exames periciais requisitados; a descrição dos objetos apreendidos; a assinatura das partes, da autoridade policial e das testemunhas presentes; a representação da vítima, para que se evite a decadência do direito; documentos, tais como cartas, antecedentes criminais, boletins de ocorrência anteriores, certidões policiais, etc. A autoridade policial também fará constar todos os dados que entender relevantes para o desfecho da causa, como os objetos que foram apreendidos, se o autor da infração resistiu ao ser conduzido ao Distrito Policial e etc.

Concluída a lavratura do termo circunstanciado, a autoridade deverá encaminhá-lo ao Juizado como assim determina o *caput,* do art. 69, destacando-se que segundo esse artigo o termo deverá ser encaminhado ao juizado juntamente com o autor do fato e a vítima. Mas, como nem sempre isso é possível, a secretaria do Juizado estando de posse do termo, deverá providenciar a intimação de ambos, conforme regra contida no art. 71, da Lei nº 9.099/95.

O termo circunstanciado é o momento que começa a perceber o importante papel e a contribuição da autoridade policial, eis que é, na ocorrência do fato, que se exige do agente oficial conhecimento de direito a ponto de poder discernir o que é delito de menor potencial ofensivo, de ver da conveniência ou não do flagrante, etc., de maneira que chegue, como tem chegado, a peça referida em condições de oferecer ao juízo possibilidade de realizar os objetivos da lei. A atuação do agente oficial implica em resultados dinâmicos e, por isto mesmo, está a exigir que, nos limites da singeleza do termo circunstanciado, encontre-se a sua legitimidade, a sensibilidade e competência.

Como se pôde ver, a Lei nº 9099/95 modificou as disposições penais e processuais penais até então vigentes, e estabeleceu um novo sistema voltado para as infrações de menor

[171] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais – doutrina e jurisprudência atualizadas.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

potencial ofensivo. Os órgãos policiais possuem suas competências delimitadas na Constituição Federal. As atividades de polícia ostensiva e preventiva nos Estados-membros da Federação são de competência da polícia militar, enquanto que as atividades de polícia judiciária são de atribuição da polícia civil. No caso de uma agressão, a vítima terá que se locomover até a Delegacia de Polícia para a lavratura do termo circunstanciado.

Entretanto, destaca-se que a lavratura do termo circunstanciado não é privativa da polícia civil. A polícia militar que exerce as funções de polícia ostensiva e preventiva, art. 144, § 5º, da CF, poderá lavrar o termo, inexistindo neste caso invasão de competência ou usurpação de função.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade de termo circunstanciado lavrado por policial militar no exercício da atividade de polícia, que deve estar voltada para o interesse público e o bem comum.

Outra questão que chama bastante atenção é: quando o inquérito (ou auto e flagrante) pode (ou deve) ser exceção ao termo circunstanciado?

Vislumbra-se duas exceções:

Quando houver concurso de crimes (formal ou material) ou crime continuado (a primeira é a regra, as outras duas as suas exceções), e o resultado da aplicação das regras básicas dos artigos 69, 70 e 71 do diploma penal implicar em pena máxima abstrata superior a dois anos (privativa de liberdade somente).

Quando ocorrer a hipótese proibitiva prevista no inciso I, do § 2º, do art. 76, da Lei nº 9.099/95.

Com efeito, esta hipótese não vinha sendo considerada e aplicada pelos operadores do direito. Os incisos I e II, do referido §2º, encerram causas verdadeiramente proibitivas da transação penal (o inciso III prevê causa meramente impeditiva). Se a lei proíbe a formulação da proposta não se justifica a realização de audiência preliminar, nem denúncia oral, tampouco termo circunstanciado. O devido processo legal, a ampla defesa (esta inclusive na fase apuratória) e o contraditório, emergem inafastáveis.

No caso da proibição constante do inciso primeiro (autor com condenação por crime em sentença definitiva), nos parece que o inquérito policial deve ser instaurado (ou auto de prisão, se for o caso) bastando à fundamentação necessária pela autoridade policial, tal como ocorre com a proibição de fiança em face do artigo 323, inciso I (pena de reclusão superior a

dois anos) e inciso III (por condenação em crime doloso com trânsito em julgado), e ainda inciso IV (prova de se o réu vadio) e art. 324, III (proibição de fiança por estar em gozo de suspensão condicional da pena ou livramento condicional, exceto se o fato novo for por crime culposo ou contravenção).

Tais exceções que a criteriosa análise dos dispositivos invocados nos permitiram articular, sem pretender finalizar o debate, mas antes contribuir para o seu enriquecimento. Certo que não se pode vilipendiar a lei, antes cumpri-la sempre que a infração for de menor potencial ofensivo (pena máxima ou abstrata até dois anos). Desta forma, mesmo havendo concurso de crimes ou crime continuado, se a pena máxima abstrata, calculando o aumento máximo previsto, não ultrapassar dois anos, continuaremos diante dos procedimentos previstos para o Juizado especial Criminal.

Por fim, importa destacar a doutrina de Luiz Flávio Borges D´Urso, o qual enfatiza que "perece-nos evidente a importância do inquérito policial e apesar dos movimentos contrários a sua permanência, a sociedade brasileira jamais poderá eliminá-lo".[172] Lembrando ainda que "inaugurado pela Lei nº 9.099/95, os juizados especiais criminais, incluindo neles os delitos cuja pena máxima seja até um ano.... O resultado prático dessa mudança foi desastroso, pois para propiciar uma suposta celeridade processual, mutilou o mecanismo de busca de prova".[173]

Assim como se vê, já em 1995 se postulava pela necessidade do inquérito policial simplificado. E assim, referida lei veio a seguir, com diferenças e após todos esses anos de experiência, cabe examinar-lhes as falhas e propor mudanças, adequando a cada vez mais o inquérito a realidade brasileira.

4.6. O Inquérito enquanto interesse da Justiça Criminal

É o inquérito policial "uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou

172 BORGES D´URSO, Luis Flávio. O inquérito policial e o termo circunstanciado. **In: Jornal do escrivão**, outubro de 2001.

173 BORGES D´URSO, Luis Flávio. Op. cit., 06.

falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas", tal como consta na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Assim, já se sabe que o inquérito policial não é processo, não estando sujeito aos rigores das nulidades. Assim, os errôneos juízos porventura surgidos podem ser corrigidos, sem prejuízo da ação penal a ser proposta. Objetiva-se a busca da verdade real. Este princípio (da verdade real) tem o escopo de estabelecer que o *jus puniendi* do Estado seja exercido somente contra quem praticou a infração, nos exatos limites de sua culpa. Portanto, do inquérito policial está excluída a verdade formal, que pode ser criada até por omissões das partes. A verdade formal (existente no processo civil) afirma, como verdadeiras, simples ficções.

Denota-se da lúcida Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, a coerente opção pela manutenção do inquérito policial como instrumento de persecução penal preliminar, por melhor atender aos interesses da justiça criminal.[174]

O inquérito policial tem por finalidade servir de base para a instauração da ação penal pública, ou para a ação penal privada. A primeira a ser promovida pelo órgão do Ministério Público, e a segunda, pelo ofendido através de advogado. Para que o Juiz de Direito receba a denúncia ou a queixa, e submeta o réu ou querelado aos transtornos que a ação penal lhe causa, deve haver justa causa, ou seja, é preciso que se tenha fatos demonstrando a existência do crime e da autoria. É necessário o *fumus boni juris* que sustente a denúncia ou a queixa. Inexistindo, a ação penal estará fadada ao insucesso, ou, até mesmo, ao seu trancamento.

A bem da verdade cumpre ressaltar que tanto o órgão do Ministério Público, para apresentar a denúncia, quanto o advogado, para apresentar a queixa-crime, podem dispensar o inquérito policial, valendo-se de outros elementos. Não é, pois, imprescindível para a propositura da ação penal pública ou privada. Também é de se consignar que existem infrações que não deixam vestígios materiais - *delicta facti transeuntis*, como a calúnia, injúria, desacato, ameaça etc. Há, porém, infrações que deixam vestígios - *delicta facti permanentis*, como os crimes de homicídio, estupro, falsificação de documentos etc.

Determina o art. 158 do CPP que "quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-los a confissão do acusado". Afirma o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete que, "tratando-se de exame de corpo de delito direto, deve ser realizado logo que o fato torna-se conhecido da Autoridade Policial. Mais

[174] CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. Reflexões sobre a permanência do inquérito policial e a inviabilidade do juizado de instrução na legislação processual penal. **In: IBCCrim**, ano 8, vol. 101, p. 2, abr. 2001.

perfeita será a perícia quanto mais próxima do delito for realizada. Além disso, sempre há o risco de desaparecerem os vestígios, obrigando a realização do corpo de delito indireto. Por isso, o Código preconiza que seja ele efetuado em qualquer dia e a qualquer hora (art. 161)".[175]

Forçoso concluir que o órgão acusador pertencente ao Ministério Público, com garantias constitucionais, pode obter a prova que entender necessária, para a formação de sua *opinio delicti*, tendo para si todo o aparelhamento estatal. Todavia, o titular da ação privada, representado em juízo pelo advogado, não dispõe do poder de requisição nem de garantias constitucionais. Depende, para a colheita de provas, da Autoridade Policial, que, por sua vez, se vale do inquérito policial. Ora, para algumas infrações penais é perfeitamente dispensável o inquérito, assim como, consoante a Lei 9.099/95, dispensável é também a ação penal.

Entretanto, para se propor ação penal é necessário que se tenha a *"fumaça do bom direito"*. Só assim poderá o Juiz receber a denúncia ou a queixa-crime, submetendo o réu ou querelado aos dissabores da ação penal, aos aborrecimentos que a lide penal provoca ao acusado, mormente naqueles casos em que é absolvido, por ser inocente. Por tais razões a ação penal deve estar fundamentada em provas colhidas pêlos órgãos que a Constituição Federal de 1988 designa, mormente no art. 144, § 4º, que determina sejam as infrações penais apuradas pelas *"polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira"*.

Para o sucesso da ação penal (no futuro), devem ser colhidas as provas materiais anteriormente ao seu início. Provar é produzir um estado de certeza. Consoante essa singela definição, verifica-se que a prova pode servir para afirmar ou negar a existência de um fato. Portanto, quando produzida no inquérito policial deve servir de base para a ação penal, ou como fundamento para sua rejeição. O procedimento investigatório policial serve de alicerce para a ação penal. Contém ajusta causa para sua instauração ou rejeição. E, mais, as provas foram colhidas pelo órgão designado constitucionalmente para tal desiderato.

4.7. O Inquérito enquanto defesa dos direitos fundamentais

A Constituição Federal declara no art. 5.°, X, serem invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. No inciso LV afirma que aos litigantes, em processo administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa. Outra regra é a constante do inciso LXVIII *"conceder-se-á habeas corpus"* sempre que alguém sofrer violência em sua

175 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 127.

liberdade de locomoção, por ilegalidade. Já no inciso LXXVII informa serem gratuitas as ações de habeas corpus. No inciso LXXIV contém a regra de que "*o Estado prestará assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos*".

Antes de submeter-se uma pessoa ao constrangimento de sentar no *"banco dos réus"*, há de apurar um mínimo de indícios que autorizem o início da ação penal. Eis o objetivo do inquérito policial, qual seja colher provas da existência do fato, da autoria e de suas circunstâncias, para que possa o *dominus litis*, que é o órgão do Ministério Público na ação penal pública, ou o querelante na ação penal privada, formar sua convicção e denunciar ou apresentar a queixa-crime, ao Estado-Juiz. Estaremos então, através do inquérito policial, tornando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

As apurações realizadas no inquérito o são de forma inquisitiva. Sempre foi assim, mas, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, essa afirmação está sendo questionada. Aos litigantes, mesmo no administrativo, são assegurados, diz a Carta Magna, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ora, a polícia judiciária está praticamente *"formando a culpa"* do indiciado, e a ele há de se aplicar o contraditório, e com muito mais razão, a ampla defesa.

O remédio do *habeas corpus* pode se fazer presente durante as investigações formais realizadas pela polícia judiciária. Se houver coação na liberdade de locomoção, estaremos diante da possibilidade da impetração do *mandamus*, este fará cessar a coação, a ilegalidade e o abuso de poder. A garantia constitucional pode inclusive *"trancar"* o inquérito policial, impedindo, assim, o prosseguimento das investigações contra o indiciado, e, por conseqüência, impedindo a subseqüente ação penal. Nessa hipótese, estaria garantindo-se o direito de forma antecipada. Convém relembrar que são gratuitas as ações de *habeas corpus.*

No caso do indiciado comprovar insuficiência de recursos, determina a Lei Maior que o Estado prestará assistência jurídica e gratuita. Mais uma vez, o inquérito policial deve possibilitar ao indiciado a defesa de seus direitos por profissional habilitado a fazê-la. Pode durante a tramitação do procedimento administrativo policial trazer indícios de sua inocência, ou indicar sua medida de culpabilidade, ou até mesmo provar a seu favor circunstância atenuante, ou, ainda e finalmente, indicar provas de causa de exclusão de ilicitude. Novamente o inquérito agindo na defesa de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Conclusões

Procuramos demonstrar que o inquérito policial é uma garantia para a correta aplicação da Lei Penal, pois não possibilita o recebimento de uma ação penal temerária, que só servirá para desgastar o Poder Judiciário, ocupando-lhe tempo e recursos, que melhor seriam aplicados numa denúncia ou queixa-crime com base firme, fundamentada em um procedimento investigatório policial com alicerce assentado em provas robustas, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Daí incontestes, e que não precisariam ser repetidas em juízo, como a maioria das provas técnicas não precisa ser.

Alguns doutrinadores pugnam pela extinção do inquérito policial. Argumentam que deveria ser criado, em substituição, um juízo de instrução. Haveria economia processual, rapidez na aplicação da lei e as provas seriam produzidas uma vez, perante o juízo. A Autoridade Policial limitar-se-ia a investigar criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e arrolar e indicar testemunhas. Para a realidade do país seria impraticável, além de que o Juiz faria investigações, o que não se coaduna com a tradição jurídica brasileira. O réu teria direitos sacrificados. Apresentam, pois, argumentos frágeis.

Tarcísio Marques apresenta argumentos fortes para a manutenção do instituto, citando renomados mestres.[176] Dá início a matéria dizendo que *"a pretendida supressão do inquérito policial ou mesmo a restrição de seu âmbito mais uma vez volta à baila. Tal qual um vulcão dormente, mais ainda vivo, que de quando e sem prévio aviso apresenta sinais e manifestações de nova erupção. Assim acontece com o tema em pauta... Ainda, tal como o vulcão que não diz o porquê de sua 'braveza' e simplesmente quer jogar sua lava fervente contra todos".*[177]

Transcreve ainda nesse artigo interessante observação de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "essa idéia acha-se desgastada nos países de origem. Assim, o Juizado de Instrução desapareceu do processo penal italiano e se encontra muito enfraquecido na França, em razão da internacionalização dos processos penais na Europa. O velho Juizado de Instrução, tão-só, se mantém na Bélgica, país que não tem dedicado muito esforço à segurança pública. Quem fala de Juizado de Instrução no Brasil, talvez não saiba que propõe importar sucata".[178] Constata-se que, até no Direito Comparado, o Juizado de Instrução é ineficaz.

O inquérito policial demonstra ser garantia de direitos fundamentais do indivíduo, não submetendo a pessoa humana, senão quando necessário, aos entraves causados por uma ação

176 MARQUES, Tarcisio. Inquérito policial. **In: Revista ADPESP**, ano 21, n. 29, 2000. p. 63-67.

177 MARQUES, Tarcisio. Op. cit., p. 65.

178 *Ibidem,* p. 64.

penal. Garante direitos individuais sem prejudicar direitos coletivos. Só levando pessoas aos tribunais, quando veementes indícios demonstrarem o fato e a autoria. Nas hipóteses enumeradas (implicitamente) está o princípio *in dubio pro societate.* Por isso, não há necessidade do convencimento exigido para uma condenação, basta ao inquérito policial um juízo fundado de suspeita. Permitam-nos essa comparação à sentença de pronúncia.

Hei por consignar ainda, nessa exposição, que o inquérito policial é dispensável para a propositura da ação penal. E que a Lei 9.099/95, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, criou (para elas) o termo circunstanciado de ocorrência policial, ou seja, substituiu o inquérito policial pelo termo circunstanciado, mantendo a presidência de ambos com a Autoridade Policial. Poderíamos afirmar que o inquérito policial está para o termo circunstanciado assim como o crime está para a contravenção penal. E, para ambos, naquelas hipóteses de infrações penais, foi extinta a ação penal.

Não se deve assim, consignar pela extinção do inquérito policial, mas seu aprimoramento, como meio de defesa dos direitos individuais e coletivos. Instituir em seu âmbito o contraditório e a ampla defesa. Fazer do inquérito instrumento de busca da verdade real. Defender os interesses sociais, sem abandonar os direitos individuais. Valer-se do inquérito policial para apurar infrações penais complexas, deixando as infrações penais de menor potencial ofensivo a serem investigadas como previsto na Lei 9.099/95.

Concluindo, à luz do dispositivo constitucional em análise, não há como negar a qualidade de sujeito de direito do investigado em inquérito policial, uma vez que, centrado no regime democrático e de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, o constituinte de 1988 elegeu o contraditório e a amplitude de defesa como sustentáculos irremovíveis no equilíbrio da relação-jurídico processual e extraprocessual entre os acusados em geral, e o Estado acusador, proscrevendo-se, definitivamente, o odioso e ultrapassado sistema inquisitivo.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTAVILA, Jayme. Origem do direito dos povos. 3ª ed., São Paulo: Melhoramentos. 1963.

ALVES JÚNIOR. Luiz Carlos Martins. Direitos Humanos, municipalização e globalização à luz do Direito Constitucional Comparado. Disponível na Internet: http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/D184.htm. Acesso em: 02 de maio de 2006.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Direito e Segurança Pública.** Brasília: Consulex, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BECCARIA, Césare. Dos delitos e das penas. Trad. Florio de Angelis. Bauru: Edipro. 1993.

BITENCOURT, César Roberto. Falência de pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: RT. 1993.

BORGES D´URSO, Luis Flávio. O inquérito policial e o termo circunstanciado. In: Jornal do escrivão, outubro de 2001.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Jefferson Moreira de. Prisão e Liberdade Provisória. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

CHOUKE, Fauzi Hassan Garantias Constitucionais na investigação Criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. Reflexões sobre a permanência do inquérito policial e a inviabilidade do juizado de instrução na legislação processual penal. In: IBCCrim, ano 8, vol. 101, p. 2, abr. 2001.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**: Directorium Inquisitorum. prefácio de Leonardo Boff, Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Célio Luiz. O novo Inquérito Policial e os princípios da celeridade e do contraditório. In: Revista ADPESP, ano 23, nº 32, outubro de 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas.* 1a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Renato de Oliveira. O advogado e o inquérito policial. *In:* Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1050>. Acesso em: 09 mai. 2006.

GALVÃO, F. Aplicação da pena. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

GENOFRE, Roberto Mauricio. Os cem anos da criação da polícia de carreira de São Paulo. In: Revista ADPESP, Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Ano 24, nº 34, dezembro de 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Juizados especiais criminais – doutrina e jurisprudência atualizadas. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. *al.* A polícia à luz do Direito. *In:* Seminário na Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. As Garantias Constitucionais do Processo: Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, agosto de 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal anotado. 21.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal – Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal 2. ed., São Paulo: Millenium, 2000.

MARQUES, Tarcisio. Inquérito policial. In: Revista ADPESP, ano 21, n. 29, 2000.

MARTINS, Ricardo Maffeis, Reforma Penal (II) - Os problemas do arquivamento das investigações pelo MP. Disponível em: www.direitocriminal.com.br. Acesso em 25 mai. de 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Manual de Direito Penal. 17ª ed., v. 01, São Paulo: Atlas. 2001.

_____. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Bismael B. O inquérito é mera peça informativa? In: Revista da ADPESP, ano 23, nº 32, outubro de 2003.

_____. Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NOGUEIRA, Alberto. A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

_____. Pena sem prisão. São Paulo: Saraiva. 1956.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERES, César. Inquérito policial: ato discricionário ou vinculado**. In:** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 12, n. 139, p. 18-19, jun. 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Inquérito policial: novas tendências. São Paulo: Cetup, 1989.

RELVAS, Marcos. Resumo de processo penal: aspectos contratuais da relação de consumo. Curitiba: Juruá, 2004.

ROVEGNO, André. O inquérito policial no estado democrático de direito. In: Revista ADPESP. Ano 23, nº 32, outubro de 2003.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial.** Curitiba: Juruá, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, A. Pena e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, V. II , Ed. Verbo.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). Tratado temático de Processo Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Acesso a Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

_____. Juizados especiais criminais. Tese de doutorado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1995.

TELES, Ney Moura. Direito penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito penal. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1953.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 5. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2003.