

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO AO INQUÉRITO POLICIAL

## THE SUBSTANTIAL (SIGNIFICANT) DUE LEGAL PROCESS AND ITS APPLICATION TO THE POLICE INQUIRY

André Luiz Bermudez Pereira<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade estudar a relação do mais tradicional instrumento de investigação criminal, o Inquérito Policial, com a cláusula do devido processo legal substancial. O Código de Processo Penal brasileiro disciplinou a investigação preliminar do artigo 4º ao artigo 23, conferindo inúmeras características ao referido procedimento extrajudicial. Todavia, importante destacar que, à exceção do parágrafo único do art. 20 do citado diploma normativo, os dispositivos citados não foram alterados desde a edição do Decreto Lei que instituiu o Código de Processo Penal, ou seja, sem alteração desde 03 de outubro 1941. Assim, faz-se necessário revisitar os dispositivos supramencionados a fim de proceder à filtragem constitucional, mormente em face do princípio do devido processo legal substancial, trazendo à discussão elementos tradicionalmente elencados pela doutrina, sob a ótica de um processo penal democrático.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Devido processo legal substancial. Inquérito Policial. Investigação Criminal.

**Abstract:** *The present paper aims to study the relationship of the most traditional instrument of criminal investigation, the Police Inquiry, with the clause of the substantial (significant) due legal process. The Brazilian Code of Criminal Procedure, regulated the preliminary investigation of the 4th article to the article 23, attributing innumerous characteristics to the referred extrajudicial procedure. However, it is important to highlight that, except for the sole paragraph of art. 20 of the referred regulatory document, the mentioned measures were not altered since the issuing of the Law Decree that established the Code of Criminal Procedure, in other words, with no changes since October 3rd 1941. Thus, it is necessary to revisit the measures aforementioned in order to proceed to constitutional screening, above all, in the face of the substantial (significant) due legal process, bringing in the discussion elements traditionally listed by the doctrine, through the scope of a democratic criminal procedure.*

**Keywords:** *Constitutionalism. Substantial (Significant) due legal process. Police Inquiry. Criminal Investigation.*

---

<sup>1</sup> Mestre em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP. Graduado Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Coordenador Pedagógico da Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Professor de Sistema de Segurança Pública e Processo Penal Aplicado na Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Delegado de Polícia.

## 1 INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação diuturnamente noticiam grandes operações policiais com ares proféticos, promovendo uma antecipação de culpa dos investigados. Tanto a mídia nacional – com espaços cada vez mais amplos em telejornais sobre operações policiais –, quanto nos jornais impressos locais, noticiam com empolgação as últimas informações referentes à segurança pública – inclusive estimulados pelos próprios órgãos policiais que, não raras vezes, encaminham resumos diários sobre prisões e operações policiais para divulgação.

Nesse contexto, a sociedade passa a participar ativamente do desenvolvimento dessa atividade estatal, acompanhando de perto os desdobramentos das operações policiais e cobrando firmeza no cumprimento da lei. Se por um lado a transparência do processo de investigação é salutar e democrática, pois possibilita a fiscalização da sociedade sobre o trabalho da Polícia Judiciária, por outro aspecto há prejuízo ao desenrolar da atividade investigatória e até mesmo à imagem do investigado – que poderá ser absolvido após o moroso processo judicial – oportunidade em que, via de regra, não há mais interesse midiático no caso em razão da perda da “novidade”.

A atuação dos órgãos de investigação criminal tem ganhado destaque nos últimos anos, inclusive com a discussão no âmbito da doutrina processual penal – vez que o ponto referido sempre foi relegado a segundo plano pelos doutrinadores, dando ares de desimportância à fase extrajudicial. Ocorre que o jogo virou, e a investigação criminal passou a ser o centro dos modernos debates jurídicos, com discussões que caminham desde a autoridade legítima a conduzir a investigação criminal à força probatória dos elementos colhidos em fase preliminar.

Assim, diante do relevo do ponto, mormente em face das consequências sociais e jurídicas da investigação criminal, imprescindível revisitarmos as características e institutos do principal instrumento de investigação criminal brasileiro, qual seja, o Inquérito Policial – procedimento que subsidia a imensa maioria das ações penais no Brasil.

Ocorre, contudo, que tal retomada deve ser trabalhada sob a égide do estado democrático de direito, com a devida filtragem constitucional das características do procedimento policial, notadamente em face da cláusula referente ao *due process of law*, conforme entendimento da Suprema Corte nos autos do HC n. 94.016-SP com relatoria do Ministro Celso de Mello.

Isto posto, o presente estudo pretende tecer um paralelo entre o estado democrático de direito e um instrumento procedimental que tem sua base legal em um documento de 1941, mas que pode ser aplicado sem prejuízo se entendido democraticamente, com a devida filtragem constitucional – apresentando-se como um meio capaz de garantir a colheita de provas da materialidade e indícios de autoria, sem se apresentar como um instrumento autoritário. A gestão do inquérito policial de maneira democrática é possível.

## 2 CONSTITUCIONALISMO E FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

### 2.1 DO JUSNATURALISMO AO DIREITO NATURAL: UMA VOLTA AO PONTO DE PARTIDA?

Jusnaturalismo é a expressão utilizada para indicar o movimento jurídico filosófico fulcrado no entendimento de que o ideal de justiça baseia-se, fundamentalmente, em direitos que são naturais a todo o ser humano, tais como o direito à vida ou à liberdade.

A relação do direito natural é bem explicitada por Michel Villey ao estudar a obra de São Tomás de Aquino:

É por isso que, em se tratando do homem, o conhecimento de sua natureza tem um interesse prático: tendo sido postulado que o bem, para o homem, é seguir sua natureza, o estudo da natureza humana resulta na constituição de uma moral. É a moral natural da Antiguidade, que são Tomás encontrou codificada em Aristóteles, mas, mais ainda nas doutrinas dos estoícos, e sobretudo no *De officiis* de Cícero que é uma de suas fontes principais.<sup>2</sup>

Tal concepção se deu em razão do reflexo de movimentos sociais responsáveis por alterar a concepção de poder do Estado no século XVII que passou a ser entendido como um contrato social.

Jean-Jacques Rousseau, ao tratar do contrato social, adverte:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou.<sup>3</sup>

Para Hobbes, o Estado surge de um pacto que os indivíduos assumem entre si, com o propósito de alcançar a segurança da sua vida pela sujeição comum a um único poder.<sup>4</sup>

Bobbio bem indica:

O estado da natureza descrito por Hobbes é também aquele em que cada um vive por sua conta, e precisa cuidar da própria defesa, pelo que termina numa guerra de todos contra todos. O mesmo acontece com o estado natural descrito por Rousseau na Exposição sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens, em que o homem primitivo, identificado como o "bom selvagem", leva uma vida simples, rudimentar, em contato, não com os seus semelhantes, mas só com a natureza.<sup>5</sup>

Streck<sup>6</sup> assevera que a perspectiva que surge da escola do jusnaturalismo contratualista é fundamental para entender a trajetória adotada pelo Estado Moderno e sua estrutura institucional.

Nesse sentido, leciona o autor:

A concepção orgânica contrapõe-se à ideia contratualista vendo a sociedade como "natural" ao homem. Nesta, por outro lado, a Sociedade/Estado é vista como uma criação artificial da razão humana através do consenso, acordo tácito ou expresso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos [...] Fim do Estado Natural e o início do Estado Social e Político.<sup>7</sup>

Desta feita, destaca-se que a corrente filosófica ora discutida sustenta a existência de direitos que são naturais de todo o ser humano. Ocorre, todavia, que os preceitos são vagos, gerando insegurança jurídica acerca de qual a regra aplicar e quais os limites de atuação do indivíduo e do Estado.

2 VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 142.

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso e: 03 de maio de 2017.

4 BOBBIO, Norberto. Teoria das Formas de Governo. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 111.

5 Idem.

6 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzande. Ciência Política e Teoria do Estado. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 29.

7 Idem.

A passagem do Estado de natureza para o Estado Civil aproxima a necessidade de positivação de normas a ser seguidas pelos membros da sociedade. O positivismo como corrente filosófica surgiu na França no começo do século XIX, ganhando força na Europa na segunda metade do referido século e início do século XX. Tal movimento destacou-se principalmente em razão da necessidade de limitação do poder absoluto do rei.

Note-se, pois, que a positivação do direito não afasta os direitos presentes no estado da natureza.

Nesse sentido, Bobbio:

Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens [1576, I, 8].<sup>8</sup>

Assim, percebe-se a relação próxima entre o positivismo jurídico e a necessidade de limitar o poder estatal, o que ensejou o imperativo de criação de normas para limitar o poder do governante.

No contexto apresentado, Zagrebelsky afirma que o surgimento das constituições pode se dar de maneira impositiva ou mesmo por coordenação:

*La constitución como imposición implica una división entre dominante y dominado; presupone históricamente un acontecimiento histórico de dos partes, una de las cuales prevalece sobre la otra; se hace necesaria como conclusión de un período de guerra civil, real o virtual. La parte vencedora, entonces, "manda" su orden, impone su constitución. Si no ES así, si la cuestión no ES un arreglo de cuentas entre enemigos, sino una coordinación entre amigos, La constitución asume un carácter Del todo distinto, de recíproco reconocimiento e implicación.<sup>9</sup>*

Ao tratar dos objetivos ou fins das constituições, Martínez, bem ensina:

*El imperio de la Ley como exigencia constitucional, servirá para limitar a todos los poderes, incluido el poder de los propios individuos, porque además de la idea de pacto social que supone limitación del poder de cada uno para crear el poder político.<sup>10</sup>*

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, ao dissertar sobre a legalidade e o direito positivo, assevera que "apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante".<sup>11</sup>

Ainda, Zagrebelsky (2006, p. 32-33) bem assevera:

*De acuerdo con las premisas del derecho constitucional condificado em um texto - La constitución escrita -, La relación con La historia constitucional es de total separación, por lo que hace a su respectiva naturaleza: racional y voluntaria la del primero, arracional (si no irracional) e involuntaria, o "natural", la segunda. Por lo que respecta a La función práctica de La constitución, ésta consiste exactamente em La extinción de las fuerzas autónomas de La historia constitucional y em su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de la historia constitucional y em su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de La historia - ésta es la aspiración de los constituyentes - cede entonces frente a la planificación de la constitución, entendida como el guión obligatorio para los actores que, a partir de entonces, no pueden ya improvisar sino que deben recitar su objeto.<sup>12</sup>*

8 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política. p. 23.

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Madrid: Trotta, 2006, p. 83.

10 PECES-BARBA, Gregorio. Diez lecciones sobre ética, poder y derecho. Madrid: Dykinson, 2010, p. 99.

11 GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 22.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. 2006, p. 32-33.

A escola positivista conferiu ao Direito a segurança jurídica que se propunha. Ocorre, todavia, que o positivismo jurídico passou a se distanciar dos conceitos principiológicos do jusnaturalismo, descaracterizando sua atuação, vez que a norma deixou de ter conteúdo axiológico. Nessa senda Peces-Barba indica a necessidade de correção do positivismo:

*Estamos desde la idea del Derecho como cultura, em uma superación de los iusnaturalismos y del positivismo clásico, em uma cultura que podemos llamar de positivismo corregido entendido como um positivismo aberto a contenidos de ética pública variables e indeterminados, que no podemos determinar a priori, pero que sí podemos identificar a los que nos parecen preferibles. Estamos em la justicia del Derecho, la ética pública jurídica.<sup>13</sup>*

Nesta senda, a aplicação do “positivismo corrigido” avançou de sobremaneira, alçando os princípios à categoria de normas, com força vinculante e obrigatória. Trata-se, pois, do movimento chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Assim, a doutrina passou a diferenciar regras e princípios, estabelecendo critérios de aplicação. Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios está no fato de que aquelas suscitam apenas problemas de validade, enquanto os princípios, além da validade, suscitam ainda a questão da *importância* ou valor<sup>14</sup>.

Ainda referente aos ensinamentos de Alexy e Barbosa indica:

Robert Alexy, criticando o positivismo constrói um “constitucionalismo principialista”, na qual as regras e princípios são igualmente normas jurídicas, sendo que aquelas, “comandos definidos”, que têm baixa abstração e alta densidade normativa, enquanto os princípios, “comandos de otimização”, que possuem alta abstração e baixa densidade normativa, atendendo, respectivamente, a fórmulas de subsunção e de ponderação de valores.<sup>15</sup>

Desta feita, o interprete passou a ter maior discricionariedade na aplicação do texto legal, pois derivada de um exercício de interpretação tanto da regra quanto do princípio.

Nas palavras de Ferrajoli:

*O neoconstitucionalismo, según la expresión más difundida em la actualidad entre los filósofos del derecho - se há dado una lectura predominantemente iusnaturalista, o cuando menos no iuspositivista o post-iuspositivista, em razón de la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, aquél se basaría em la conexión conceptual entre derecho y moral. Para una crítica de esa lectura y para una interpretación iuspositivista del neoconstitucionalismo, cf. las agudas observaciones de T. Mazzarese, “Diritti fondamentali e neoconstituzionalismo: um inventario di problemi” [...] la fortuna de esa lectura se debe, además de a los términos ético-políticos (“valores últimos e imprescindibles de la humanidad”, “derechos humanos” o “naturales”) com los que Suelen formularse los derechos fundamentales em el lenguaje político ordinário, al hecho, trivial y extrínseco, de que los principales estudiosos que han dedicado su atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales - em particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino - son autores de orientación tendencialmente iusnaturalista.<sup>16</sup>*

De outra banda, destaca-se a posição apresentada por Grau, que critica o uso desmedido de princípios pelos magistrados a fim de embasar seus entendimentos, afastando-se dos preceitos legais.

13 PECES-BARBA, Gregorio. Diez lecciones sobre ética, poder y derecho. 2001, p. 138.

14 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 86.

15 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático. In: ANSELMO, Márcio Adriano. et. al. Investigación Criminal pela Polícia Judiciária. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2016. p. 08.

16 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. V. 2 Teoría de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 71-72.

Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçaram a segurança jurídica quando abusam do uso de 'princípios' e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e razoabilidade das leis.<sup>17</sup>

Nesse sentido, a atuação do operador do direito diante do texto de lei, interpretando-o à luz dos princípios constitucionais no intuito de garantir máxima efetividade aos direitos e garantias individuais, aproxima-se em muito da ideia jusnaturalista, provocando sua retomada.

## 2.2 A NECESSÁRIA RELEITURA DE DISPOSITIVOS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Importante destacar a relação da aplicação principiológica no âmbito do Direito Processual Penal, reafirmando-se a necessidade básica de proteção dos direitos individuais em face ao arbítrio estatal. Nessa senda, levando em conta que o direito processual penal reflete a maior violência estatal em face aos direitos individuais, pois é o ramo do direito que pode subtrair a liberdade de ir e vir do indivíduo, é inegável que a interpretação das regras penais e processuais penais devem ser calcadas em princípios e preceitos constitucionais.

Podemos entender que o processo é o microcosmo do Estado de Direito, devendo ser aquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência<sup>18</sup>.

Nesse contexto, é imprescindível que o sistema de persecução criminal seja objeto de uma filtragem constitucional, com o implemento de garantias mínimas, conforme preceitua Rosa:

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nelas referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder Estatal)<sup>19</sup>.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Ferrajoli:

*Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar satisfacer.*<sup>20</sup>

Assim, busca-se, pois, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, vedando-se o excesso de poder, respeitando o Estado Democrático de Direito. Contudo, é necessário destacar que o exercício de filtragem constitucional deve seguir as balizas disciplinadas pelo direito posto.

17 GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 20016, p. 24.

18 MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013, p.2.

19 ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 5.

20 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías, la Ley del más Débil, Madrid España: Trotta, 1999, p.23-24.

Nesse sentido, Pacelli indica:

Mas, embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio<sup>21</sup>.

Isto posto, resta evidente que deve o interprete promover sua atividade primando pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, mas procurando sempre pautar sua atuação com base no texto legal. Nesse sentido, o estudo do processo penal, e mais especificamente do título referente ao inquérito policial, deve ser realizado sempre com viés constitucional, seguindo os preceitos dispostos na carta magna.

## 3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL: REVISITANDO OS SISTEMAS PROCESSUAIS

### 3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

A análise do princípio do devido processo legal passa necessariamente pela necessidade de revisitar o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Insta destacar que tal princípio não se restringe ao encaminhamento processual do Estado referente à apuração de determinado fato para aplicação de restrição de direitos, mas se irradia por diversos outros princípios, tais como o princípio da presunção de inocência ou do contraditório e ampla defesa.

A análise do referido princípio processual pode se dar por um aspecto meramente formal, entendendo-se que o referido instituto processual penal tem por função voltar-se como um comando ao Estado, indicando que um indivíduo somente será processado e a ele imputada pena após cumpridas as formalidades procedimentais pertinentes constantes na lei processual penal, sob pena de nulidade do processo.

Assim, evidencia-se que o processo penal tem caráter instrumental em relação ao direito material. Nesse sentido, Lopes Jr. bem indica que “existe uma íntima e imprescindível relação entre o delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.<sup>22</sup>

De outra banda, destaca-se que o devido processo legal não pode ser considerado simplesmente como procedimento estatal para restrição de direitos. Imprescindível entender que o princípio ora estudado não deve ser abordado tão somente sob seu aspecto formal, mas principalmente diante de seu caráter material, substancial.

Nesse sentido, bem indica Nores:

*Los principios de reserva y legalidad penal (nullum crimen sine proevia lege) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley*

21 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 36.

22 LOES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34.

*sustantiva. Deben funcionar así como una garantía, no ya frente al "momento final" de imposición de la pena en la sentencia, sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal.*<sup>23</sup>

Assim, parece evidente que a ideia de que não basta a garantia de acesso ao Judiciário e a necessidade de o Estado respeitar o rito processual indicado em lei, mas é imprescindível que o processo instrumental de apuração de culpa se dê por meios essencialmente justos, proporcionais e razoáveis.

Acerca do ponto, indica Rosa, fazendo menção ao Ministro Luis Roberto Barroso:

Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No Processo Penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais.<sup>24</sup>

Nesse aspecto, o devido processo legal deve ser informado pela defesa do mais débil em face ao aparato estatal de persecução criminal, garantindo ao acusado os direitos fundamentais previstos na carta magna, o que nos direciona à retomada do discurso referente à filtragem constitucional de um diploma processual penal da década de 40.

Souza, em artigo intitulado *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma*, bem indica que "o paradigma garantista se constitui de forma a impor ao Estado a necessidade de desempenho de suas atividades investigatórias para atendimento dos interesses da sociedade, e não do soberano ou no próprio Estado".<sup>25</sup>

Imprescindível, pois, é destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado nos autos do Habeas Corpus n. 94.016-SP, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, oportunidade em que a Corte Suprema indicou os elementos essenciais à configuração da cláusula do devido processo legal sob o aspecto substancial:

o exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial e demais litisconsortes penais passivos, quando existentes<sup>26</sup>.

23 NORES, José Cafererata. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em El proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p. 65-66.

24 ROSA, Alexandre M da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.157.

25 SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías et. al. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 43.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 94.016-SP. Relator: Ministro Celso de Mello.

Isto posto, resta evidente que o sistema de persecução criminal proposto no Código de Processo Penal deve assegurar inúmeras garantias constitucionais ao acusado de infração criminal, mormente no que se refere às prerrogativas elencadas acima pela Suprema Corte Brasileira.

Ocorre, todavia, que o modelo proposto na década de 40 carrega consigo resquícios de sistemas processuais não democráticos, e que merecem ser estudados.

## 3.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

A compreensão de um processo penal democrático passa necessariamente pela análise da contrariedade entre o princípio acusatório e o princípio inquisitivo. A evolução histórica do processo penal apresenta fundamentalmente três sistemas, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto.

As características dos sistemas indicados estão estritamente relacionadas ao grau de autoritarismo do estado, se entendendo, como bem assevera Goldschmidt<sup>27</sup>, que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Tal posição pode ser vista em paralelo no pensamento de Carnelutti, para quem o processo penal afigura-se como a mais alta experiência de civilização.<sup>28</sup>

Nesse aspecto, cumpre analisar a quem compete o exercício da jurisdição, qual o órgão responsável pela deflagração do processo penal, a quem incumbe o dever de produção probatória, a existência de divisão de funções entre os protagonistas do processo penal (acusar, defender e julgar), a sigilosidade ou publicidade do feito, a estrutura do procedimento e possibilidade de contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de recursos.

Insta destacar que os modelos existentes são considerados modelos históricos, dificilmente encontrados em um sistema normativo em sua estrutura pura. Assim, podemos entender que o chamado sistema misto mereça ser revisitado, pois em verdade devemos considerar a existência de uma base principiológica -acusatória ou inquisitória - com características pontuais do sistema contrário.

Nesse sentido, importante lição de Rosa:

O Processo Penal estaria situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos sistemas Inquisitório e Acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos. São mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero.<sup>29</sup>

Inobstante a tal entendimento, verificaremos os sistemas tradicionalmente elencados pela doutrina.

### 3.2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório teve origem no direito grego, conferindo ao povo o exercício da acusação e, posteriormente, remontado na república romana, dessa vez conferindo a função a um representante voluntário da coletividade, distinto da figura do julgador<sup>30</sup>.

Feitosa remonta de forma sucinta o histórico do referido sistema:

27 GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos Del processo penal. Barcelona: Bosch, 1935. p.67.

28 CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Pillares, 2009. p. 22.

29 ROSA, Alexandre M da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2011. p.148-149.

30 LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.152.

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança provada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a idade média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra<sup>31</sup>.

Os principais pontos de destaque se dão pela separação das prerrogativas de acusar, defender e julgar, conferindo tais atuações a diferentes pessoas, bem como pela gestão da prova, que fica adstrita às partes, reforçando o princípio da inércia do julgador. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a prerrogativa de a acusação dar início ao processo, o estabelecimento de debate entre acusação e defesa, o tratamento do acusado como sujeito de direitos e não objeto do processo, a publicidade dos atos processuais praticados, a necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo judiciário, bem como a possibilidade de recursos.

Nesse sentido, assevera Baumann:

*La división de los roles de los organos estatales de persecucion penal (el ministerio publico averigua y acusa; el juez juzga) es un fruto del derecho procesal frances. Esta division de los roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que tambien suprime la necesaria posicion de objeto del acusado en el derecho procesal comun. La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el ministerio publico) da mayor libertad a su posicion juridica. Ya no es simple objeto de una inquisitio por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter energicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez. Asi, el rol del juez se aproxima nuevamente, mas o menos, al del "arbitro" del antiguo derecho procesal aleman (jpero solamente mas o menos! El mismo juez esta sometido de nuevo al principio de instruction)<sup>32</sup>.*

Além das principais características do referido sistema fundamenta-se na atuação passiva do judiciário. Assim, ao juiz não é conferida a possibilidade de produção probatória, tampouco de desencadear o processo crime *ex officio*.

Ocorre que diante de uma crescente necessidade de repressão de delitos no Império Romano, e levando em conta a ausência de um órgão de estado promovendo a acusação (que era, via de regra, realizada por um cidadão do povo com boa oratória e que se utilizava dessa função para galgar espaço no meio político<sup>33</sup>) os juízes passaram a invadir as atribuições dos órgãos acusadores, angariando provas e agindo de ofício e, posteriormente, dando a sentença.

### 3.2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O nascimento do sistema inquisitório se deu no período de decadência romana, conforme visto acima. Contudo, ganhou destaque no direito canônico no transcurso do século XIII, atrelando-o à Igreja Católica.

O paradigma inquisitório nasce com a transformação da persecução criminal privada em persecução pública, sendo expressão direta do interesse do soberano, uma vez que a persecução era entregue ao soberano para resolver certo conflito instalado, o que na época era feito principalmente sob a influência do Direito Canônico<sup>34</sup>.

31 FEITOSA, Denilson. Direito Processual Penal. Teria, Crítica e Práxis. Niteroi, Rj: Impetus, 2010. p. 60.

32 BAUMANN, Jurgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma. 1986. p. 49-50.

33 SANNINI NETO, Francisco. Inquérito Policial e prisões provisórias: teoria e prática de polícia judiciária, 1ed. São Paulo: Ideias & letras, 2014. p.26-27.

34 SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma. In: Temas Avançados de Polícia Judiciária. p.9.

O sistema inquisitivo tem como característica principal o protagonismo do juiz, atuando como investigador, acusador e julgador do criminoso. Ademais, o sistema é pautado pelas prisões provisórias, adotando como principal meio de prova a confissão que, via de regra, era extraída por meio de tortura. Nessa senda, o interrogatório não constituía meio de defesa do acusado, mas meio de prova, vez que o réu não era considerado sujeito de direitos, mas objeto do direito – tudo isso na busca da chamada “verdade real”.

A incorporação da ideia de verdade no processo penal consolidou a figura do inquisidor. Isso foi feito não por motivo de virtude, mas sim por uma questão de poder. A tecnologia judicial dos séculos passados não estava apta a “buscar” a verdade, devido a sua incapacidade operativa de citar testemunhas, de reconstruir os fatos sem auxílio de peritos, etc. Nessa senda, o sistema inquisitivo procurou resolver essa brecha tecnológica entregando a indagação da verdade a uma única pessoa, supostamente mais capacitada, supostamente mais imune aos interesses, imbuída de uma alta moral e de uma função quase ou totalmente sacerdotal. Essa pessoa era o inquisidor, isto é, alguém com compromisso pessoal com a verdade. Elementar que no modelo inquisitivo a indagação da verdade era unilateral, carente de diálogo e confiada à decisão do inquisidor.<sup>35</sup>

No mesmo sentido, Lopes Jr. indica:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.<sup>36</sup>

É característica também do sistema inquisitivo a atuação de ofício por parte do julgador, tanto na iniciativa de procedimento quanto na iniciativa probatória, de modo que a gestão da prova fica adstrita ao juiz.

## 4 O INQUÉRITO POLICIAL SOB A FILTRAGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

O Inquérito policial, como visto, é marcado historicamente pela relação próxima com o arbítrio estatal. No ano de 1964, com o afastamento do então Presidente da República João Goulart, foi instalado no País o regime militar e, o que deveria ser instituído em caráter provisório, arrastou-se por mais de duas décadas, marcadas pela repressão, tortura e censura dos meios de comunicação.

Durante esse hiato não democrático, órgãos policiais se utilizavam de métodos investigativos aflitivos e perseguições políticas, fixando uma imagem de um governo severo e de uma polícia inimiga da sociedade.

Em 1983, com o apoio de diversos políticos, artistas e atletas, eclodiu um movimento denominado “Diretas Já”, que clamava por eleições diretas para o cargo de Presidente da República, o que não se via no País desde 1960.

35 DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p.30.

36 LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade Garantista). 2016, p. 161.

Diante da inflação demasiada, dívida externa incomensurável, elevado desemprego e um desequilíbrio econômico, os próprios militares passaram a pregar uma transição democrática. Em 1984 houve uma eleição, no entanto, indireta, concorrendo Paulo Maluf do PDS e Tancredo Neves do PMDB, sendo este último eleito. No entanto, devido ao seu falecimento, o vice José Sarney acabou se tornando o primeiro presidente civil depois da Ditadura, fato este que marcou o ano de 1985.

Diante desta viragem de regime político, um novo ordenamento jurídico haveria de ser instituído, sendo convocada uma Assembleia Nacional Constituinte com esse escopo, nos termos da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. De acordo com José Afonso da Silva, essa Emenda seria deveras a destruição daquela Constituição:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [...] Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.<sup>37</sup>

Após mais de duas décadas sob um regime militar, os trabalhos da Constituinte foram finalizados, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988. De acordo com Lenza<sup>38</sup>, “era a solidificação da transição entre o antigo regime e a Nova República”.

Para Bobbio:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos<sup>39</sup>.

Isto posto, frente a uma nova sistemática de aplicação do direito, mormente no que se refere à atuação em fase policial diante de uma constituição cidadã, a Polícia Judiciária passou a reformular sua atuação, buscando uma virada democrática para o exercício de seu mister constitucional. Contudo, tal mudança de postura e de cultura policialesca não se fez do dia para a noite, mas passa, ainda, por um processo de alteração de percepção por parte de seus integrantes, conscientizando que não é possível tratar de investigação criminal sem relacionar o instrumento de investigação com as garantias fundamentais do cidadão.

Assim, a releitura do processo penal, e mais especificamente da investigação criminal, à luz da constitucionalização dos direitos humanos é medida essencial para aplicação da justiça.

Nesse sentido, Giacomolli leciona:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e lingüística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos<sup>40</sup>.

37 SILVA, José Afonso da. A aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.p. 89.

38 LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p 88.

39 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade, para uma Teoria Geral da Política. 14. Ed. São Paulo, Editora Paz e Terra S/A, 2007. p. 155.

40 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.

Na mesma linha assevera Lopes Jr:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais de defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).<sup>41</sup>

Em vista do exposto, mostra-se fundamental que a investigação criminal – gérmen da ação penal - deva ser conduzida com cautela, responsabilidade e sob o manto protetor das garantias fundamentais do investigado, possibilitando uma colheita de informações calcadas na legalidade e constitucionalidade. Assim, medida acertada foi a do legislador em conferir a condução da investigação criminal a profissional (Delegado de Polícia) com conhecimento jurídico para tanto, evitando o desrespeito aos preceitos constitucionais<sup>42</sup>, mormente em face de procedimento de natureza inquisitorial disciplinado por um documento normativo da década de 40.

A percepção do principal instrumento de investigação brasileiro à luz do devido processo legal deve pautar-se pela aplicação, pois, do devido processo substancial, trazendo como baliza a posição da corte suprema acerca do tema, explicitada por intermédio do HC n 94.016-SP com relatoria do Exmo Ministro Celso de Mello.

Sendo o inquérito policial, via de regra, a estrutura base da ação penal, propõe-se sua adequação aos preceitos indicados no referido julgado do STF.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário marca o ponto inicial da discussão, e a sua correlação com o procedimento policial se dá de maneira bastante singela. Sendo o processo penal instrumento de colheita de elementos informativos iniciais, serve o referido instrumento como filtro para evitar ações penais infundadas. Ainda, restando claro a inexistência de prova da materialidade ou indícios de autoria, possível ao suspeito a impetração de habeas corpus endereçado ao Poder Judiciário a fim de promover o trancamento da investigação criminal. Resta evidente, pois, que se trata de instrumento de investigação submetido a controle jurisdicional.

Ponto interessante de debate relaciona-se ao direito de citação e ao conhecimento prévio da acusação, ligando-se ao direito ao contraditório e à plenitude de defesa, bem como o direito à prova.

Sendo o procedimento inquisitorial, parte-se da premissa que inexistente direito à defesa no inquérito policial. Tal assertiva mostra-se equivocada ao menos em parte. É certo que por não haver acusação formal ou mesmo relação processual instaurada, não há a efetiva citação do suspeito. Em verdade, enquanto não advir o ato de indiciamento, não há de se falar em pretensão de defesa, pois carece de indicativo de autoria. Contudo, a partir do ato de indiciamento por parte do Delegado de Polícia, ato através do qual o Estado formalmente aponta o suspeito do crime, surge ao indiciado uma gama de possibilidades de exercício de defesa, seja exercício endógeno do direito de defesa, seja o exercício exógeno do direito de defesa.

Entende-se por exercício endógeno do direito de defesa a possibilidade conferida ao indiciado de permanecer em silêncio durante seu interrogatório policial, bem como o direito de não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), ambos preceitos constitucionais, conforme art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Da mesma forma, recentes alterações no estatuto da advocacia promoveram ampliação da participação da defesa nos autos da investigação preliminar.

41 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p.09.

42 SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830, de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 49.

O art. 7º, XIV, da Lei 8906/94, alterado pela Lei 13.245/2016, disciplina que é direito do advogado examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Tal direito já vinha preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Insta destacar que a limitação desarrazoada do direito de defesa por parte da Autoridade Policial nos autos do Inquérito Policial possui conseqüências severas para o deslinde da causa. O inciso XXI do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil bem indica que o impedimento à assistência do advogado a seus clientes investigados ocasiona a “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”.

O referido dispositivo assegura ao advogado, ademais, a possibilidade de apresentar razões e quesitos durante o ato de interrogatório ou mesmo quando da requisição por parte da Autoridade Policial de exame pericial.

Havendo inobservância dos referidos direitos do advogado por parte do Delegado de Polícia ensejará sua responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade, mormente no que se refere à Autoridade Policial que tenha por intuito prejudicar o exercício do direito de defesa, conforme se depreende do §12 do art. 7º da Lei 8906/94.

Nesse aspecto, o exercício exógeno do direito de defesa ganha relevante destaque. Diante de eventual arbitrariedade protagonizada pelo titular da investigação criminal, pode o indiciado fazer uso de seu direito exógeno de defesa na investigação preliminar, podendo impetrar *habeas corpus* ao juiz competente buscando fazer jus ao seu direito endógeno de defesa e, em situações limítrofes, requerer o trancamento do inquérito policial – principalmente quando restar clara a inexistência de materialidade delitiva ou indícios de autoria.

Ainda, havendo a limitação ao exercício da atuação do advogado, poderá este impetrar Mandado de Segurança junto ao juiz competente para que se faça garantir as prerrogativas da advocacia no exercício de defesa durante a investigação criminal.

Assim, pode-se afirmar com segurança que o investigado possui direito de defesa em aspecto positivo – podendo se utilizar de todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que apontem a autoria delitiva ou materialidade do crime -, e em aspecto negativo, não sendo obrigado a produzir provas contra si<sup>43</sup>.

A Suprema Corte também aponta como corolário do devido processo legal substancial o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas.

A relação de tal preceito com o inquérito policial também parece razoável. Tratando-se de procedimento administrativo calcado em lei, o inquérito policial possui prazo para a conclusão das diligências investigatórias. Nesse aspecto, o Código de Processo Penal em seu artigo 10, *caput*, confere o prazo de 10 dias para conclusão da investigação quando o indiciado estiver preso, e 30 dias quando o indiciado estiver solto, no casos de crimes investigados pela Polícia Judiciária Estadual. Para as investigações que digam respeito ao tráfico de drogas, o prazo se alarga, devendo ser concluído no prazo de 30 dias em caso de investigado preso (sendo permitida uma única prorrogação com prazo idêntico), ou 90 dias acaso o investigado esteja solto.

---

43 SANNINI NETO, Francisco. Inquérito Policial e prisões provisórias. São Paulo: Ideias e Letras. 2014. p.82.

A despeito de ser possível a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial quando o indicado estiver solto (art. 10, §3º, do CPP), tal medida não pode ser adotada de maneira desarrazoada, devendo respeito ao Princípio da Proporcionalidade. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não é raro encontrarmos em Delegacias de Polícia, Varas Criminais ou Promotorias de Justiça autos de investigações criminais que tramitam há anos, com sucessivas prorrogações de prazo. Ocorre que a aferição da razoabilidade do tempo de investigação demanda análise de caso a caso, pois a complexidade do fato investigado ou mesmo as circunstâncias e realidade estrutural dos órgãos que compõe o sistema de persecução criminal influencia diretamente no tempo de duração da investigação criminal.

Ainda, imprescindível indicarmos como fator influenciador do tempo do processo a consequência da política legislativa em seara criminal. A enxurrada legislativa no âmbito penal cria dia a dia mais tipos penais a serem investigados, não havendo acompanhamento de investimento por parte do Poder Executivo.

Note-se, pois, que o fenômeno da panpenalização<sup>44</sup>, caracterizado como a criminalização de condutas desnecessárias a fim de conferir respostas à demanda social influenciada pela opinião pública, causa sérios prejuízos a todo o sistema de persecução criminal, pois o investimento nos órgãos que compõe o sistema não acompanha o crescimento vertiginoso de figuras típicas.

A mencionada conjuntura ocasiona o inchaço de atribuições dos órgãos de persecução criminal, ensejando a lentidão no julgamento de processos crime e, por vezes, ocasionando a prescrição delitiva. Tudo isso sem falar nos custos do processo criminal, conforme bem assevera Rosa:

O importante é compreender que o custo dos processos é algo que toca, direta ou indiretamente, em todos nós. Há um custo de processamento e, segundo levantamentos antes indicados, nenhum processo crime, considerados os custos de investigação e julgamento (subsídios, vencimentos, estrutura, defesa, peritos etc.), fica abaixo de R\$1.500,00 (hum mil e quintos reais). O valor é assimilado nos custos de manutenção do Poder Judiciário e, diante da escolha política pelo controle social, via Direito Penal, arcados coletivamente (recolhimento de tributos). Desejo sublinhar, todavia, que após o processamento e eventual condenação, devemos apresentar a conta da decisão, ou seja: quanto custará o cumprimento da pena?<sup>45</sup>

No mesmo sentido é a posição de René Ariel Dotti ao tratar dos movimentos de reforma do sistema penal, referindo-se a um verdadeiro *bang-bang* legislativo:

No campo da administração da justiça penal, os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência dessa modalidade de infração que é responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu antigo modelo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema punitivo.<sup>46</sup>

Percebe-se claramente a relação entre o inchaço de atribuições, falta de investimento e a demora no processo ou procedimento penal, devendo tais fatores ser levados em consideração para entendimento da "razoabilidade" do prazo para a conclusão do feito.

44 LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 2016.p. 127.

45 ROSA, Alexandre M. da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. p. 73.

46 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.117.

## Giacomolli ensina:

O razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação *prima facie* e em abstrato, motivo por que a imersão ao caso concreto, com todas as circunstâncias (fáticas, jurídicas, objetivas, subjetivas, v.g) e interferências (endo e extraprocessuais, v.g), é um imperativo verificável à prestação da tutela jurisdicional efetiva. O qualificativo de razoável situa-se na linha do que encontra uma justificativa fática e jurídica dentro da normalidade (ajustado à norma) do procedimento processual penal. Na verificação da duração razoável interferem vários fatores específicos de cada caso, tanto no aspecto objetivo (fato que está sendo investigado), quanto do comportamento dos sujeitos e instituições envolvidos na investigação.<sup>47</sup>

Outro ponto indicado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à publicidade dos atos processuais.

O Inquérito Policial possui como característica ser sigiloso. O art. 20 do Código de Processo Penal bem dispõe que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

De fato, a impossibilidade de acompanhamento dos atos investigatórios por qualquer um do povo é medida salutar para o bom desenvolvimento das estratégias de atuação durante o levantamento e informações acerca do crime, impedindo que se dê divulgação dos próximos passos a ser dados pela Polícia Judiciária, o que facilitaria eventual destruição de provas ou mesmo auxiliaria na fuga de suspeitos.

Contudo, o sigilo da investigação criminal não pode ser oposto ao Promotor ou Juiz da causa, tampouco ao advogado, ainda que sem procuração para atuar nos autos (salvo nos casos de sigilo decretado judicialmente ou mesmos nos casos em que se impõe o sigilo para a investigação por determinação legal; nesses casos, é exigida procuração específica por parte do casuístico para ter acesso ao conteúdo da investigação), conforme já explicitado quando da análise do estatuto da ordem dos advogados do Brasil.

O HC n 94.016-SP ainda indica como consectário lógico do devido processo legal substancial o direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘*ex post facto*’, evitando investigações de atos não tipificados como crime. Ora, o sistema normativo pátrio atua com o direito penal do fato, devendo o autor ter praticado uma ação ou omissão que enseje um resultado previsto em lei como crime.

Ainda, o julgado bem indica que o cidadão tem o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude. Nesse diapasão, imprescindível, como afirmado alhures, que a investigação criminal seja conduzida por profissional com formação jurídica.

A Lei 12.830/13 em seu art. 2º bem assevera que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. Assim, cabe ao delegado de polícia na condução da investigação criminal conferir os primeiros contornos jurídicos ao caso e determinar as diligências iniciais para o levantamento de provas. Para tanto, a referida autoridade pública deve pautar sua atuação de forma técnico-jurídica a fim de evitar a produção de provas ilícitas que, acaso fossem produzidas, contaminariam toda a ação penal futura em razão do princípio decorrente do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal c/c §1º do art. 157 do CPP.

Pedra de toque do princípio do devido processo legal substancial é direito à observância do juiz natural, que corresponde ao preceito constitucional disposto nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º da Constituição Federal, indicando, respectivamente, que não haverá juízo ou tribunal de exceção, bem como que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Nessa toada, levando em conta de que estamos tratando de investigação preliminar, questiona-se se há autoridade originariamente competente para investigar determinado caso, ou seja, a dúvida recai acerca da possibilidade ou impossibilidade de existência do Princípio do Delegado Natural.

<sup>47</sup>GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 2016.p. 378-379.

Ruchester Marreiros Barbosa responde o questionamento em artigo intitulado Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal, em que defende a existência o Princípio do Delegado Natural, mormente em face ao disposto no § 5º, do art. 2º, da Lei 12.830/2013, segundo o qual a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

A conotação meramente formal de que a investigação não seja "processo" não pode ser um óbice à caracterização de um procedimento de ideologia democrática, em razão da máxima efetividade da dignidade da pessoa humana. A interpretação literal do artigo 5º, LV da CR/88 já passou da hora de ser superada.<sup>48</sup>

Para Francisco Sannini Neto e Eduardo Cabette, o Princípio do Delegado natural está disposto no §4º do art. 2º da Lei 12.830/13, constituindo uma garantia para o Delegado de Polícia e para a sociedade. Conforme o referido dispositivo, o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

A partir dessa inovação legislativa, a avocação ou redistribuição discricionária, sem qualquer justificativa, não pode ser levada a efeito pela hierarquia superior da Polícia Civil ou Federal, o que, sem dúvida, representa um avanço em busca da consolidação da independência funcional do delegado de polícia, fomentando, ainda, o princípio da imparcialidade do Estado-Investigador. Não é outro o entendimento de Rodrigues da Silva ao afirmar que com "tais medidas, a investigação ganha agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial ou termo circunstanciado".<sup>49</sup>

Assim, afigura-se clara a relação entre preceito indicado pela jurisprudência do STF ora em estudo com a garantia de autonomia funcional do presidente da investigação criminal, o que demonstra que o respeito ao princípio do delegado natural é consectário lógico do devido processo legal substancial em fase de investigação preliminar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução do sistema normativo, desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo deve refletir na evolução doutrinária referente aos atos de investigação preliminar.

A despeito de o principal instrumento de investigação brasileiro ter sua disciplina legal prevista em documento da década de 40, interpretado tradicionalmente como um instrumento arbitrário, que ganhou força durante o regime não democrático, tal realidade tem ficado cada vez mais distante.

O entendimento acerca da necessidade de um procedimento extraprocessual preliminar democrático mostra-se fundamental, mormente em razão da influência dos elementos produzidos em fase extrajudicial para a ação penal.

Assim, levando-se em conta que o inquérito policial influencia na ação penal, deve o procedimento administrativo ser pautado pelo respeito aos direitos e garantias individuais. Nesse aspecto, não basta uma análise da investigação com base no preceito constitucional do devido processo legal, mas deve ser aprofundado a fim de conferir ao investigado os direitos fundamentais do estado democrático de direito.

48 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal#author>>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

49 SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830/2013. 2014. p.143.

Nesse ponto, ganha destaque a figura do delegado de polícia como agente transformador das perspectivas em fase investigatória, vez que trata-se de profissional bacharel em direito, tendo por atribuição a condução das investigações, devendo aplicar em seu mister os princípios constitucionais previstos na Constituição Federal.

Isto posto, a filtragem constitucional do inquérito policial, tendo como ponto principal a aplicação da cláusula do devido processo legal substancial é medida necessária para que possamos reinterpretar os dispositivos do Código de Processo Penal e garantir ao cidadão um sistema de investigação preliminar essencialmente democrático, justo e garantista.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal#author>>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático**. In: ANSELMO, Márcio Adriano. et. al. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAUMANN, Jurgen. **Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estado, Governo, Sociedade, para uma Teoria Geral da Política**. 14. Ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 94.016-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. 2017.

CAFFERATA NORES, José. **Proceso penal y derechos humanos**. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em El proceso penal argentino. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías, la Ley del más Débil**, Madrid España: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia**. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. V.2.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- LOES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo**. São Paulo: Atlas, 2013.
- NORES, José Cafererata. **Proceso penal y derechos humanos**. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nível constitucional em El processo penal argentino. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2000
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.
- ROSA. Alexandre Morais Da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3. Ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 03 de maio de 2017.
- SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e prisões provisórias**. São Paulo: Ideias e letras, 2014.
- SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830, de 20 de junho de 2013**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **A Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Pedro Ivo de. **Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma**. In: ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías et. al. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2006.

