



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

PATRICIA TIRABOSCHI BURIN

**A AUTORIDADE POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
MECANISMOS À DISPOSIÇÃO DO DELEGADO E DA DELEGADA DE POLÍCIA
PARA EVITAR A IMEDIATA DETENÇÃO DOS QUE LHE SÃO APRESENTADOS
EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA**

Brasília

2018

PATRÍCIA TIRABOSCHI BURIN

**A AUTORIDADE POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
MECANISMOS À DISPOSIÇÃO DO DELEGADO E DA DELEGADA DE
POLÍCIA PARA EVITAR A IMEDIATA DETENÇÃO DOS QUE LHE SÃO
APRESENTADOS EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA**

Dissertação de Mestrado em
Constituição e Sociedade
apresentada ao Instituto Brasiliense
de Direito Público, para obtenção do
grau de Mestre.

Linha de pesquisa 2: Direitos
Fundamentais.

Orientadora: Soraia da Rosa
Mendes

Brasília

2018

PATRÍCIA TIRABOSCHI BURIN

**A AUTORIDADE POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
MECANISMOS À DISPOSIÇÃO DO DELEGADO E DA DELEGADA DE
POLÍCIA PARA EVITAR A IMEDIATA DETENÇÃO DOS QUE LHE SÃO
APRESENTADOS EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA**

Dissertação de Mestrado em
Constituição e Sociedade
apresentada ao Instituto Brasiliense
de Direito Público para obtenção do
grau de Mestre.
Linha de pesquisa 2: Direitos
Fundamentais.

Brasília, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Orientadora: Soraia da Rosa Mendes

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Minha eterna gratidão às seguintes pessoas:

Aos meus pais, que sempre incentivaram os meus estudos e a meus tios Maria Inês e Jesus, pelo exemplo que sempre foram.

A Alessandra Damian, que deu o empurrão que faltava para a busca desse sonho antigo que é o mestrado.

A Patricia Mendonça, sem quem eu não teria me dedicado tanto ao projeto de ser delegada de polícia.

Ao amigo Ghuido, parceiro já desde a pós-graduação.

Às colegas Lálida, Lízia e Soraia, que se tornaram grandes e queridas amigas.

Aos colegas de gabinete, por todas as ausências que compreenderam e por todo o estímulo, especialmente Waleska, que contribuiu materialmente com as suas experiências na academia.

À amiga Patricia Silva, por todas as críticas minuciosas e por todas as vezes que se dispôs a sair do seu mundo de tributos para falar de investigações, prisões e garantismo.

Ao delegado Ruchester Marreiros Barbosa, entusiasmado estudioso da Polícia Judiciária.

Aos professores Roberto Freitas e Álvaro Ciarlini, pelas inquietações que plantaram em mim.

À queridíssima orientadora Soraia da Rosa Mendes – amiga, irmã, mãe, professora e colega. Por ter me aberto os olhos para as mazelas do sistema e incutido em mim o desejo de colaborar na construção diária de uma persecução penal garantista e eficiente. Por ter me conscientizado do meu feminismo e ouvido as minhas agruras em tantas circunstâncias. E, sobretudo, por simplesmente ter entrado na minha vida com sua doçura tão combativa (quero ser como você quando crescer!).

“Como os militares, os policiais enfrentam o perigo; como os professores, devem construir uma relação de autoridade com o seu público; como todo trabalhador, têm preocupação com a eficácia de sua ação; mas só eles combinam esses três elementos em sua situação de trabalho”.

J.K.Skolnick (Justice without Trial, 1966).

RESUMO

Esta dissertação explora a atuação da autoridade policial no Estado Democrático de Direito, buscando mecanismos legítimos dos quais delegados e delegadas de Polícia podem se valer para evitar o encarceramento imediato de desviantes trazidos a sua presença em estado flagrancial. Após uma incursão pela Teoria Geral do Estado, pela História e pelo Direito Constitucional, estabeleceu que o Garantismo é a única filosofia de pensamento compatível com os valores da nossa Constituição Federal, impondo que as normas sejam todas interpretadas e aplicadas sob esse parâmetro. Em razão das origens do cargo de delegado como um desmembramento da magistratura e das normas internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu, o estudo concluiu que a autoridade policial brasileira tem poder de dizer o Direito na situação flagrancial, o que lhe permite, a despeito da redação do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, reconhecer excludentes de ilicitude e aplicar o princípio da insignificância, submetendo suas decisões a controle.

Palavras chave: Estado Democrático de Direito. Garantismo. Autoridade policial. Excludentes de ilicitude. Princípio da insignificância. Controle.

ABSTRACT

This thesis explores the Police Authority work in a Democratic State of Law, searching for legitimate mechanisms by which he/she can avoid incarcerating the person brought to his/hers authority in flagrant. After an incursion on State Theory, History and Constitutional Law, it established that Garantism is the only philosophy compatible to the Brazilian Constitution, imposing that all the law be interpreted and applied by this parameter. Due to the origins of the position, as a branch of magistracy, and also due to the interpretation of Human Rights Acts to which Brazil has adhered, the study concluded that the Brazilian Police Authority has the powers to say the law in regarding to flagrant situations, what allows him/her to apply illicitness excluders and the principle of insignificance, submitting the decision to control.

Keywords: Democratic State of Law. Garantism. Police authority. Illicitness excluders. Insignificance principle. Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A PERSECUÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	14
1.1 Estado Democrático de Direito	14
1.2 Sistema inquisitivo e acusatório.....	22
1.2.1 <i>Sistema Inquisitório</i>	24
1.2.2 <i>Sistema Acusatório</i>	26
1.2.3 <i>O sistema brasileiro</i>	29
1.3 Garantismo	35
1.4 Breve reflexão a respeito dos efeitos sociais do encarceramento.....	49
2 A POLÍCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	56
2.1 O que a Polícia faz?.....	56
2.2 Quem é a autoridade policial?	76
3 MECANISMOS À DISPOSIÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO IMEDIATO	102
3.1 Noções compreensivas a respeito da Teoria do Crime	102
3.2 Aplicação do princípio da insignificância e reconhecimento das excludentes de ilicitude.....	115
CONCLUSÕES	126
REFERÊNCIAS.....	130

INTRODUÇÃO

O ano de 2017 começou com notícias de crises no sistema penitenciário. Foram 56 (cinquenta e seis) mortes no dia 1º de janeiro em Manaus, uma das maiores matanças ocorridas em presídios brasileiros desde o massacre do Carandiru, em 1992. No dia 6, mais 33 (trinta e três) homens perderam as suas vidas numa rebelião em Boa Vista. No dia 16 de janeiro, já se noticiavam 133 (cento e trinta e três) mortes violentas nos estabelecimentos penais brasileiros¹.

2018 teve o mesmo início trágico, embora com menor cobertura midiática²: rebelião com mortos no Ceará e em Goiás, rebelião com reféns no Rio de Janeiro, rebelião em Minas Gerais.

A fragilidade do sistema é notória, chamando atenção os dados que indicam que 34% das 433.318 pessoas presas no Brasil não cumprem pena, mas sim prisões de natureza cautelar³. Além disso, são de conhecimento geral as más condições em que os detentos são mantidos. A Rede Globo abordou essa questão no programa “Profissão Repórter” que foi veiculado aos 7/6/2017, mostrando um presídio em Salvador em que os detentos bebem água vinda de

¹ MORTES em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. *G1 Globo*, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

² PM É ACIONADA para auxiliar a conter rebelião após tentativa de fuga em um presídio em Japeri, RJ. *G1 Globo*, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/pm-e-acionada-para-auxiliar-a-conter-rebeliao-em-um-presidio-em-japeri-rj.ghtml>, <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/refens-sao-libertados-apos-rebeliao-em-presidio-milton-dias-em-japeri.ghtml>>. Acesso em: 17 jun. 2017.; APÓS intervenção federal, presos fazem rebelião em presídio no Rio de Janeiro. *Folha de São Paulo*, fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/apos-intervencao-presos-fazem-rebeliao-em-presidio-no-rio-de-janeiro.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2017.; REBELIÃO termina com 10 presos mortos em cadeia de município do Ceará. *Correio Braziliense*, 2018. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/01/29/internas_polbraeco,656416/apos-chacina-em-festa-briga-entre-presos-deixa-mortos-no-ceara.shtml>. Acesso em: 17 jun. 2017.; CIPRIANI, Juliana. *Presos divulgam imagens de fogo durante rebelião na Grande BH*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/01/28/interna_gerais,934121/presos-divulgam-imagens-de-fogo-durante-rebeliao-na-grande-bh.shtml>. Acesso em: 17 jun. 2017.; NOVA rebelião em presídio de Goiás onde morreram 9 tem troca de tiros e granada. *Uol Notícias*, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/04/detentos-fazem-nova-rebeliao-em-presidio-em-aparecida-de-goiania.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

uma caixa d'água infestada de baratas, convivem com esgoto e ratos dentro das celas⁴. A equipe de reportagem visitou também um presídio no Piauí em que um surto de sarna atingiu 150 detentos e até mesmo o diretor do estabelecimento foi infectado.

Infelizmente, esses presídios não são a exceção. Em geral, as condições carcerárias são tão precárias que se apartam de uma garantia de um mínimo de dignidade.

Por certo a prisão é sempre um mal, mas a realidade brasileira tem demonstrado que ela pode ser ainda profundamente degradante, o que a distância das finalidades declaradas da pena, sobretudo a da ressocialização. Não obstante, é maciço o apoio da população às prisões.

Quanto mais cruel o aprisionamento, mais satisfeita parece ficar a sociedade. A associação mental entre crime e pecado, comum nos primórdios da civilização humana, nunca foi de fato superada. Talvez daí decorra o gosto popular pelas execuções penais pesadas, preferencialmente degradantes e humilhantes. O crime gera um certo fascínio sádico.

Como certa vez dito pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em entrevista ao programa Roda Viva da TV Cultura⁵, a população quer “vísceras e sangue”, e, no embalo de discursos punitivistas, questiona a todo tempo o porquê de “os bandidos terem tantos direitos” e “a polícia não fazer nada”. Os “cidadãos de bem”⁶, ansiosos por respostas urgentes, se apegam a uma ideia neopunitivista de que basta aumentar as penas e o arbítrio policial para que haja redução de delitos. Há fé no encarceramento como a panaceia de todos os males sociais.

⁴ RATOS, baratas e doenças como sarna, HIV, tuberculose e sífilis são comuns em presídios brasileiros. *G1 Globo*, jun. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/06/ratos-baratas-e-doencas-como-sarna-hiv-tuberculose-e-sifilis-sao-comuns-em-presidios-brasileiros.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁵ O programa foi veiculado aos 19 de outubro de 2015. O Ministro se referia à operação Lava Jato quando pontuou: “Dá-se uma ênfase muito grande ao anseio popular, mas a população, de início consideradas as imputações e desvios de conduta, ela quer vísceras, ela quer sangue e o Judiciário não pode atender a esse anseio da população”. O texto foi retirado da notícia a respeito do programa, veiculada online pelo Estado de São Paulo. MACEDO, Fausto. *A população quer vísceras, quer sangue*, diz Marco Aurélio sobre a Lava Jato. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-populacao-quer-visceras-quer-sangue-diz-marco-aurelio-sobre-a-lava-jato/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶ Seja lá quem eles forem, vale lembrar que a revista *The Good Citizen*, de onde provém o uso da expressão “cidadão de bem” era financiada pela Ku Klux Klan, cujas atrocidades são notórias.

Um problema desse discurso segregacionista⁷ é que ele se volta contra determinados grupos humanos já naturalmente marginalizados, apresentando-os como culpados de toda a criminalidade. São uma massa estereotipada de criminosos, “que configuram um ‘eles’ separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de ‘diferentes e maus’”⁸: pobres, negros, moradores de comunidades abandonadas pelo poder público. É o Estado-penitência se apresentando contra aqueles em favor de quem o Estado-providência não atua.

Além disso, o discurso punitivista e a ineficiência do sistema (sobretudo no que tange à duração razoável da persecução penal) fazem com que as prisões de natureza cautelar sejam usadas como antecipação da pena. O uso não excepcional das prisões cautelares é um de nossos problemas mais generalizados, pois inverte a lógica da presunção de inocência e gera uma disparidade entre acusação e defesa. É clara a violação do Estado Democrático de Direito.

Na nossa ordem constitucional, o aprisionamento deve ser excepcional, em especial em se tratando da situação em que nem sequer está ainda formada a culpa. O encarceramento cautelar deve ser limitado a situações justificáveis, sob pena de, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “consagrar-se inaceitável prática abusiva de arbítrio estatal, em tudo incompatível com o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito”⁹.

Partindo da premissa de que qualquer dia de encarceramento injusto ou desnecessário é uma violação a direitos e garantias fundamentais (princípios da liberdade e da presunção de inocência, além da dignidade da pessoa humana), e pensando na posição da autoridade policial no ordenamento jurídico, nos colocamos a pensar: há, na legislação, mecanismos que permitam que o delegado ou a delegada de polícia ajam no sentido de evitar prisões claramente desnecessárias, estabelecendo desde a

⁷ Além, é claro, de sua questionável compatibilidade com o sistema de garantias fundamentais preconizado pela Constituição Federal.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 139.664/GO*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139.664GODeciso.mrito002.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

apresentação do conduzido à delegacia uma espécie de controle da legitimidade da detenção cautelar?

O presente trabalho, assim, se propôs a pensar formas de as autoridades policiais atuarem para evitar o encarceramento imediato daquelas pessoas conduzidas à sua presença em estado de flagrância, isto é, mecanismos à disposição do delegado e da delegada de polícia para evitar as detenções imediatas e, conseqüentemente, reduzir o número de presos cautelares, colaborando na diminuição do superencarceramento, especialmente aquele não fundado em juízo definitivo de culpa.

O problema de pesquisa, dessarte, consistiu na busca de soluções juridicamente legítimas à disposição da autoridade policial que evitam o encarceramento imediato (isto é, prisões de natureza cautelar) daqueles trazidos à sua presença após captura em estado de flagrância.

Como hipótese, considerou-se que, se é dado à autoridade policial em certa medida dizer o Direito, então lhe é dado aplicar de ofício as causas excludentes de ilicitude e o princípio da insignificância, quando evidentes no caso concreto.

A pesquisa, de natureza bibliográfica, apresentou-se em três capítulos.

Inicialmente, e a isto se dedicou o primeiro capítulo, foi necessário contextualizar o estudo. Definiu-se Estado Democrático de Direito, abordaram-se os Sistemas Processuais Penais, com a preocupação de catalogar adequadamente o sistema brasileiro, além de tratar-se do Garantismo Penal. Por fim, o capítulo teceu algumas considerações sobre os efeitos sociais do encarceramento.

Estabelecidas essas premissas teóricas, percebeu-se que a hipótese de trabalho trazia em si mesma a hipótese de que à autoridade policial é dado o poder de, em certa medida, dizer o Direito. Com vistas a investigar essa hipótese dentro da hipótese, o segundo capítulo deste estudo se dedicou a desvendar a função policial, focando especialmente nos poderes e atribuições das autoridades policiais. Para tanto, foi necessário recorrer à história da

instituição e do cargo, à sociologia e ao direito internacional dos direitos humanos.

O terceiro capítulo se dedicou à outra parte da hipótese: a possibilidade de a autoridade policial elidir a ordem de encarceramento imediato daqueles que, trazidos à sua presença em estado de flagrância, tenham cometido insignificantes penais ou estejam abrangidos por causas excludentes de ilicitude. Para tanto, partiu de noções compreensivas da teoria do crime e recorreu à compreensão do direito processual penal.

A pesquisa se mostrou relevante sobre dois enfoques.

O primeiro deles, voltado aos direitos fundamentais, é a efetiva colaboração na redução do encarceramento cautelar. Como já pontuado, qualquer dia de encarceramento injusto ou desnecessário contraria o Estado Democrático de Direito e, como tal, deve ser evitado.

Não restam dúvidas de que todo encarceramento injusto, ainda que breve, fere o primado da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência, mas é também relevante ponderar os reflexos, para as autoridades policiais, da determinação de soltura da pessoa que lhe é apresentada em hipótese flagrancial, caso vislumbrem infração bagatelar ou a presença de causas excludentes de ilicitude. Isso porque sabe-se que delegados e delegadas de polícia que assumem seu papel democrático são por vezes perseguidos no exercício de suas funções. Há notícias de punições disciplinares, ações criminais e mesmo da perda do cargo por improbidade administrativa em casos em que não determinada a detenção flagrancial¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, Paulo César da Silva relata que autoridades policiais que ultrapassam a análise da tipicidade formal já foram denunciadas por crime de prevaricação e responderam a processos por improbidade administrativa. SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170. Também Leonardo Marcondes Machado aborda essa questão: “Não se pode esquecer da incansável perseguição dirigida contra aquelas (poucas) autoridades públicas que, levando a sério o compromisso democrático, põem-se corajosamente no contrafluxo histórico do poder punitivo, mesmo sob o risco da estigmatização e da criminalização. São inúmeros os casos de delegados de polícia que foram (e ainda são) ameaçados de responsabilização civil, administrativa e criminal, por exemplo pela não lavratura fundamentada de autos de prisão em flagrante. Não raro, algum órgão de controle externo, fomentado por setores de segurança pública, resolve se insurgir contra delegados que aplicaram o princípio da insignificância, reconheceram alguma nulidade informativa pela quebra da cadeia de

Dessarte, a averiguação doutrinária da possibilidade de reconhecimento, pela autoridade policial, das hipóteses de infração bagatelar e da presença de excludentes de ilicitude, deixando livre o suposto flagranciado, tem também a relevância de proteger delegados e delegadas de polícia que assim atuem, dando-lhes respaldo.

Por fim, um esclarecimento. Para o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹¹, captura, detenção e prisão são situações diversas.

Captura é a mera apreensão de um suposto autor do crime, que pode ser realizada por qualquer pessoa. É precária, temporária.

Detenção é o encarceramento cautelar. No Brasil, se dá por ordem judicial (mandado de prisão) ou por ordem de autoridade policial, em hipóteses de flagrante delito (nota de culpa).

Prisão é a privação da liberdade do definitivamente condenado.

Ao longo deste trabalho, adotaremos essa terminologia, embora nem a Constituição Federal nem o Código de Processo Penal a respeitem.

custódia ou mesmo sustentaram a desclassificação de condutas supostamente delitivas, no sentido da exclusão do encarceramento flagrancial. E, pior, esse tipo de demanda ministerial costuma encontrar respaldo em certas estruturas internas de controle da atividade policial". MACHADO, Leonardo Marcondes. Controle externo da atividade policial e seus limites. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Coord.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 198-200. p. 198.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

1 A PERSECUÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Estado Democrático de Direito

O paradigma sobre o qual este estudo se desenvolverá é o Estado Democrático de Direito. Cumpre, pois, compreendê-lo. Vale, entretanto, atentar para o alerta feito por José de Assis Santiago Neto, no sentido de que:

O Estado Democrático de Direito não é, e nem deve ser, um modelo pronto e acabado. Ao contrário, desde o seu surgimento, com o fim da Segunda Guerra Mundial e os movimentos reformistas das décadas que se seguiram, principalmente nos anos 1960/1970, até hoje, o Estado Democrático de Direito mostra-se um modelo inacabado e inacabável, que será construído a cada dia pela participação popular na construção das decisões do próprio Estado¹².

O ser humano é, por essência, social. Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, ele “se forma no contato com o seu semelhante [...] a característica da socialidade [é] essencial ao ser humano”¹³. Não obstante, a vida em sociedade, por si só, não garante satisfatoriamente a felicidade e a sobrevivência humana. O ser humano é, também, político. Nina Ranieri ensina, nesse sentido:

O homem é um animal racional porque tem o conhecimento desenvolvido, os sentimentos do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto. A racionalidade é, enfim, a característica que o distingue de todos os demais seres, de tal forma que só uma vida de acordo com a razão consiste na verdadeira vida humana. Mas o homem não pode bastar-se a si próprio, o que seria antinatural ou, em outras palavras, inumano. A sua tendência natural é viver em grupo: primeiro na própria família, depois nas aldeias, em virtude da união de várias famílias, e, mais tarde, nas cidades, em razão da união de diferentes aldeias, daí ser naturalmente talhado para a sociedade política, o que também o particulariza como animal político.¹⁴

¹² SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 2.

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 297.

¹⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 17.

Faz-se, então, necessário um regramento que propicie (ou tenda a propiciar) vida harmônica¹⁵. Daí surgem o Estado e o Direito, ambos fenômenos sociais que visam à organização da vida em sociedade e que partilham de um traço em comum: a referência ao poder¹⁶.

Um não existe sem o outro e ambos decorrem do intelecto humano, constituindo-se como fenômenos sociais abstratos. Essa abstração chamada “Estado” necessariamente é personificada e representada por seres humanos. Dalmo de Abreu Dallari esclarece que, com algumas variações, os autores que tratam do tema apontam serem as seguintes as fases do Estado: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno¹⁷.

Nossos estudos se concentrarão no Estado Moderno, mas a sua compreensão demanda um lançar de olhos sobre o Absolutismo, fase do Estado Medieval.

Tal regime se caracterizava pela confusão do Estado com o soberano. Basta nos lembrarmos de Luiz XIV dizendo: “*O Estado sou eu!*”. O monarca detinha poderes centralizados e ilimitados até mesmo sobre a religião¹⁸, já que a sua missão era promover o bem estar e a felicidade dos súditos e súditas¹⁹.

Essa concentração de poderes, antes de gerar a pretendida harmonia, ensejou insatisfação. Os súditos e súditas começaram, então, a desejar a limitação dos poderes do Estado.

Surgiu então, como contraposição ao Estado Absolutista, o Estado Moderno em sua feição Constitucional, como Estado em que o poder e o governo são limitados pelo Direito. Na lição de Nina Ranieri, o Estado Constitucional:

¹⁵ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 7-8.

¹⁶ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado*: do estado de direito ao estado democrático de direito. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 192.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

¹⁸ Lembremos de Henrique VIII, na Inglaterra, fundando a Igreja Anglicana.

¹⁹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 10.

É aquele no qual o poder e o governo encontram-se regulados pelo Direito, com respeito à pessoa humana e seus direitos; sua pedra angular é a limitação do poder e a instauração e a manutenção da ordem, por meio de Constituições. São garantias institucionais do Estado constitucional a proteção das liberdades públicas (limitação negativa do poder), a tripartição de Poderes (limitação constitucional do poder) e a centralidade de instituições representativas (em geral, concretizada no Parlamento). O Estado constitucional é produto das revoluções burguesas [...], é o Estado que se organiza para ser democrático²⁰.

O Estado se submete, então, ao Direito, ao mesmo tempo em que o cria, evitando arbítrios e autoritarismos. Há confiança e previsibilidade²¹, pois o governo é das leis, não dos homens²². Há controle do poder, o que muda a relação da sociedade com o Estado. De súditos e súditas, passamos a ser cidadãos e cidadãs²³.

O Estado de Direito é constitucional, no sentido de que o próprio Estado se enquadra num sistema normativo fundamental²⁴. Seu elemento central, nas palavras de Nina Ranieri, “é a habilitação jurídica do poder político, com o objetivo de eliminar as possibilidades do uso arbitrário do poder em razão de sua transformação em competência outorgada, instituída e regulada pelo Direito”²⁵.

A primeira manifestação do Estado Constitucional foi o Liberalismo²⁶. Havia uma completa separação entre o Estado e a sociedade, que se desejava livre dele e de suas interferências. Do Estado apenas se esperava a garantia

²⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 43.

²¹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. vi.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.

²³ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 191.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 196.

²⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 190.

²⁶ O Constitucionalismo tem relação íntima com o Liberalismo. Como explica Canotilho, “a sociedade burguesa fornecia o substrato ideológico ao Estado constitucional e este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1096.

das liberdades públicas²⁷, jamais intervenções ou regulações. Laissez faire, laissez passer²⁸. Não havia nenhuma preocupação de cunho humanístico, razão pela qual Jürgen Habermas se referia à “cegueira social do direito formal burguês”²⁹.

O Liberalismo defendeu uma concepção ultra individualista de direito e de liberdade, que culminou por ser utilizada como sustentáculo de privilégios³⁰. Isso porque o Estado Liberal não é necessariamente democrático, na medida em que suas Constituições asseguraram o conceito jurídico de igualdade formal³¹ e de direitos inalienáveis e fundamentais do homem³².

Obviamente, esse perfil de Estado refletiu sobre o processo. O Judiciário passou a ser meramente a “boca da lei”³³, mero espectador passivo e imparcial do debate travado entre as partes³⁴.

Com a I Guerra Mundial (1914/1918) e a queda da Bolsa de Nova York (1929), o Estado Liberal experimentou seu declínio, e passou a ser evidente a necessidade de intervenção estatal na vida social e na economia. Sobretudo a partir da segunda metade do século XX, os direitos sociais passaram a ser inseridos nas Constituições, inaugurando o Estado Social, cuja finalidade, além da garantia da liberdade, era a ampliação da igualdade em sentido social³⁵.

Trata-se também de um Estado submetido ao império da lei, mas agora com feições de distributividade. É o Estado-providência, de caráter paternalista e intervencionista. O Judiciário assumiu papel de centralidade no

²⁷ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 46.

²⁸ Máxima do liberalismo, especialmente do seu aspecto econômico, que significa, literalmente, deixar fazer, deixar passar.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 125.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 202.

³¹ Igualdade na lei, não na prática.

³² RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 46-47.

³³ O Direito nada mais era do que a lei.

³⁴ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 12.

³⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 49

sistema, a ele competindo a nobre função de ser o guardião do Direito³⁶. Isso porque foi incorporada a ideia de que a vontade legislativa deveria se subordinar ao conteúdo de justiça previsto na Constituição, que se irradiava por todo o sistema por intermédio de princípios e valores³⁷. Segundo Nina Ranieri, nesta fase:

Há marcante positivação de normas de direitos fundamentais e princípios de justiça material, como expressões normativas dos valores sociais, sob fiscalização constitucional rígida pelos tribunais constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 é tributária, em certa medida, dessa corrente teórica³⁸.

Mas o Estado Social deixou transparecer sua disfuncionalidade. Habermas elucida que, “do ponto de vista jurídico, um dos aspectos inquietantes da ‘crise do Estado social’ residia na ‘insensibilidade’ das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes”³⁹.

Ocorre que o anseio por liberdade é da essência do ser humano. A ideia de um Estado que decide o que é melhor para os seus cidadãos e cidadãs, além de os infantilizar, lembra em muito as feições do Absolutismo, contra o qual tanto se lutou.

O Estado Social, assim, não conseguiu realizar as suas promessas, e na primeira década do século XXI despontou um modelo de Estado que é, simultaneamente, democrático, internacional e constitucional. Aqui se insere o Estado Democrático de Direito, que surge como modelo desejável, na medida em que se aproxima do que estabelecido no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

³⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 13.

³⁷ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado*: do estado de direito ao estado democrático de direito. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 56.

³⁸ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado*: do estado de direito ao estado democrático de direito. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 57.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 125.

O Estado Democrático de Direito busca assegurar a seus cidadãos e cidadãs a liberdade necessária para gerir sua própria existência e individualidade⁴⁰. Ele protege e promove os valores fundamentais de convivência, impondo a observância de padrões jurídicos básicos⁴¹. Seus valores éticos e políticos centram-se na dignidade da pessoa humana⁴².

Ronald Dworkin defende que a igualdade é o ideal político máximo que um Estado deve almejar⁴³. Na sua concepção, nenhum Governo é legítimo se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os seus cidadãos. A marca do Estado Democrático de Direito deve ser, pois, a busca da igualdade⁴⁴, sendo impossível cogitar qualquer outro parâmetro que não a democracia radical⁴⁵.

Os indivíduos passam a ser sujeitos de direitos, e, como tal, destinatários das proteções do Estado⁴⁶. O Judiciário, aqui, constrói o Direito e não meramente o aplica⁴⁷. A decisão do caso concreto deve ser decorrência de

⁴⁰ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 15.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 202.

⁴² RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 193.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁴⁴ Dalmo de Abreu Dallari descreve o que denomina “Dilema entra a supremacia de liberdade ou da igualdade: “No final do século XVIII, consagrou-se a liberdade como o valor supremo do indivíduo, afirmando-se que se ela fosse amplamente assegurada, todos os valores estariam protegidos, inclusive a igualdade [...] Mas a experiência demonstrou com muita eloquência que tal regime, na realidade, só assegurava a liberdade para os que participassem do poder econômico. [...] Surgiu, então uma corrente doutrinária e política manifestando a convicção de que a liberdade como valor supremo era a causa inevitável da desigualdade. Entendiam, por isso, indispensável um sistema de controle social que assegurasse a igualdade de todos os indivíduos. [...] Colocou-se, então, a igualdade como valor supremo, do qual todos os outros deveriam depender, pois mesmo as restrições aos valores seriam impostas com igualdade para todos os indivíduos e isso seria justo.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 298-299.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 13.

⁴⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 16.

⁴⁷ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 17.

um processo dialético com a efetiva participação das partes. A tônica da atuação estatal deve ser a intangibilidade dos direitos fundamentais⁴⁸.

Entenda-se claramente que o Estado Democrático de Direito não é um regime de maiorias⁴⁹. Ao contrário. Frequentemente, sua atuação deverá defender o direito individual de um contra os interesses da maioria, cujos poderes excessivos devem ser limitados⁵⁰.

O Estado Democrático de Direito se dispõe, isso sim, a garantir, efetivamente, as liberdades individuais de forma igualitária entre os seus nacionais⁵¹. Como adverte Zaffaroni, “a incorporação de novas camadas sociais a uma cidadania real inevitavelmente se dá mediante um Estado do bem-estar”⁵². A construção de uma sociedade livre, justa e solidária constitui objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro⁵³, demonstrando que o Estado Democrático de Direito não se aparta plenamente do Estado Social.

Não obstante, parece não interessar genuinamente a todos que as diferenças sociais sejam reduzidas. A sociedade de consumo, individualista por essência e incrementadora das desigualdades sociais, é fonte da criminalidade e força o recrudescimento do Estado penal⁵⁴. Benoni Belli esclarece que

⁴⁸ LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 144.

⁴⁹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 19. No mesmo sentido: “a democracia não consiste no despotismo da maioria, mas sim num sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e reparação contra a sua violação”. ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. *Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP, 2008. p. 52-53. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077090.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

⁵⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 318.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 11.

⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

⁵⁴ O Estado Penal, policialesco por essência, dá aos agentes públicos poderes de ingerência na vida do cidadão e da cidadã. Nele, as garantias têm pouca eficácia e as liberdades públicas são ignoradas, pois as normas são utilizadas segundo as conveniências dos detentores do poder, normalmente com justificativas falaciosas de atendimento do bem

À atrofia do Estado de bem-estar se soma a hipertrofia do Estado penal, para usar uma expressão de Loïc Wacquant. O discurso que enfatiza o lado repressivo e perde de vista as causas sociais da violência tende a reproduzir, ainda que inconscientemente, a estrutura social vigente⁵⁵.

A expansão do Estado Penal incentiva a atuação seletiva do sistema penal, postura que em tudo contraria o Estado Democrático de Direito, cujo mote é assegurar a liberdade de escolhas⁵⁶. O Estado Democrático de Direito positiva em sua Constituição os direitos fundamentais⁵⁷. E é pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos fundamentais que o Estado Democrático de Direito atua.

Esse caráter, no que se relaciona à persecução penal, que é o que nos interessa neste estudo, caracteriza-se pela maximização da liberdade e minimização do próprio direito de punir.

A persecução penal do Estado Democrático de Direito, mais do que um instrumento a serviço do Direito Penal, deve ser mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, servindo de garantia contra a gana punitiva do Estado. O processo penal, nesse contexto, não se pode furtar a seu caráter contramajoritário⁵⁸. Não é outra a lição de Ferrajoli, segundo quem, na tradição liberal democrática, o direito penal e o processo penal são instrumentos da própria democracia se e somente se minimizam a gana punitivista do Estado, configurando um conjunto de limitações a ele impostas⁵⁹.

Isso porque a atuação do sistema penal é sempre violenta, em resposta a uma prévia conduta considerada uma violência contra o próprio

comum (eficientismo). Nele a função da pena é excluir e neutralizar o desviante. Não se cogita de ressocialização ou de reinserção do desviante na comunidade. Pense-se, por exemplo, no constante abuso das conduções coercitivas que têm sido noticiadas, em que pessoas que jamais receberam convocação anterior para depoimento (e logo nem sequer tiveram a oportunidade de a desatender), acabam sendo surpreendidas com a *condução sob vara*, em verdadeiro constrangimento ilegal.

⁵⁵ BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. xvi.

⁵⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 19.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

⁵⁸ A concretização de direitos fundamentais demandará, frequentemente, posturas que contrariam a vontade da maioria. A Constituição é garantia contra o poder autoritário estatal e contra maiorias, especialmente contra o clamor das ruas.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 4, p. 3-7, 1988. p. 3. (Tradução livre).

sistema. Não se olvide, entretanto, que o sistema penal deve ser o último recurso a ser lançado no combate ou na retribuição de uma conduta humana contrária aos anseios da sociedade (*ultima ratio*).

É sob esse paradigma que se desenvolverá a pesquisa.

1.2 Sistema inquisitivo e acusatório

Historicamente, o direito penal surgiu como negação da vingança privada. Explica James Goldschmidt que o direito de acusação se desligou da pessoa da vítima, com a qual logo não tinha mais conexão essencial, e o princípio da querela privada se transformou no da ação popular⁶⁰. O Estado, assim, assumiu para si a tarefa de manter a ordem social⁶¹ e de punir quem a subvertesse.

Somente ao Estado compete, agora, o *jus puniendi*⁶².

James Goldschmidt pondera que a finalidade do processo penal é a averiguação da verdade⁶³ e a verificação da justiça. O processo se presta, no

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 68. (tradução livre).

⁶¹ KELLING, George L.; WILSON, James Q. *160 years of atlantic stories: broken windows: the police and neighborhood safety*. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 2 out. 2018. A percepção de insegurança é diretamente proporcional à desordem social. Não por outro motivo, a função original das polícias era a manutenção da ordem pública. Daí que nos governos ditatoriais que controlam a mídia, a população não se apercebe dos índices de criminalidade, pois os ditadores não podem tolerar a menor denuncia midiática de desordem, pois negariam sua falsa imagem de provedores de segurança. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327.

⁶² Poder-dever do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Decorre diretamente da noção de soberania.

⁶³ A máxima da busca da verdade no processo penal tem sido profundamente questionada na atualidade. Em nome da busca da verdade, o sistema inquisitório admitia torturas como mecanismo legítimo para a obtenção da confissão, na medida em que o discurso da verdade (especialmente o da verdade “real”) admite o rompimento de barreiras e limitações de conteúdo ético ou legal em prol do resultado a ser atingido. Mas a verdade é inatingível. O processo penal é uma tentativa de reconstrução dos fatos, “é atividade marcadamente recongnitiva, de acerto de significantes”. ROSA, Alexandre Moraes da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 78. Reconstruam-se fatos passados, obviamente, que não são passíveis de experiência direta, mas apenas desse processo de recriação. Como pontua Aury Lopes Jr., “o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 582. Jamais haverá a recriação perfeita dos fatos, o que impede, como já mencionado, que se alcance a verdade. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. Por outro lado, a verdade processual jurídica implica a operação de subsunção do fato à norma. É a única hipótese em que a

seu entendimento, à atuação do Direito, isto é, a viabilizar ao Estado a aplicação legítima de suas normas ao caso concreto. Nas palavras de Piero Calamandrei:

O processo é o instrumento típico da liberdade garantida pela legalidade: é o método racional para aplicar a lei pré-constituída ao fato comprovado, em um ordenamento em que o poder legislativo está separado do poder jurisdicional, ou seja, em que a justiça está separada da política⁶⁴.

A atuação do Direito, no processo penal, pode se dar por dois caminhos distintos, isto é, por dois sistemas: num processo acusatório ou num processo inquisitório⁶⁵, cada um deles fundado em um princípio reitor. Como esclarece Alexandre Morais da Rosa, “a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de ‘princípios’⁶⁶.

O princípio dispositivo funda o sistema acusatório e o princípio inquisitivo rege o sistema inquisitório, sendo a gestão da prova o critério que os diferencia e identifica. Isso porque, em essência, a espinha dorsal do processo penal é a forma como a prova é gerida⁶⁷.

No sistema acusatório, a produção probatória está completamente nas mãos das partes e o juiz é delas um espectador. Já no sistema inquisitório, o juiz atua fortemente, sendo sua a responsabilidade pela gestão da prova.

Passaremos agora a abordar individualmente esses dois modelos, esclarecendo que sistema pode ser compreendido por um conjunto de normas (princípios e regras), que se reúnem e correlacionam pela sua afinidade, isto é, pela semelhança de suas essências⁶⁸. Vale salientar que não se tem notícia de

verdade se coaduna com o processo penal, na medida em que representa um processo de classificação dos fatos segundo foram provados no curso da instrução.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 6.

⁶⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 68-69.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 78.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 553.

⁶⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 78.

nenhum ordenamento em que um ou outro sistema processual seja aplicado na sua forma pura, havendo predomínio das regras de um sobre a do outro⁶⁹.

1.2.1 Sistema Inquisitório

Os sistemas processuais de persecução penal traduzem uma ideologia política⁷⁰. Ao passo em que o sistema inquisitório se compatibiliza com Estados autoritários e com o Direito Penal Máximo⁷¹, o acusatório se conecta ao Direito Penal Mínimo⁷² e à maximização dos direitos fundamentais. Vale, entretanto, advertir que não há uma conexão necessária entre democracia e sistema acusatório nem entre governos totalitários e sistemas inquisitórios. Ricardo Jacobsen Gloeckner esclarece:

Não se pode dizer que o sistema inquisitório seja sempre expressão de regimes despóticos e o sistema acusatório característica, ao invés, de regimes democráticos. A história não confirma. Exemplo perfeito disso é o processo penal brasileiro regido por estruturas montadas sob os auspícios de uma antidemocracia. A Constituição da República de 1988, apesar de oferecer os alicerces para uma guinada democrática do processo, repercutiu pouco significativamente no que diz respeito à doutrina, à práxis e ao ensino jurídico⁷³.

Embora o processo inquisitório seja considerado antidemocrático na atualidade, ele surgiu como uma evolução do processo penal, que deixou de

⁶⁹ Os modelos processuais são, na verdade, abstrações ideais. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102.

⁷⁰ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 179. Tanto isso é verdade, que “qualquer abalo na Constituição da República e nas estruturas do poder político tem reflexos imediatos no processo penal”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

⁷¹ O Direito Penal Máximo é incondicionado, ilimitado e excessivamente severo. Como as condenações e as penas são marcadas pela incerteza e imprevisibilidade, o sistema não é passível de controle racional, o que demonstra a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito que tem como uma de suas marcas a submissão de todos a controle.

⁷² O Direito Penal Mínimo tutela ao máximo a liberdade do cidadão e da cidadã, contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Suas marcas são a racionalidade e a certeza, de modo a que suas intervenções na sociedade sejam previsíveis. Coaduna-se com a ideia de fragmentariedade do sistema penal, que deve atuar como *ultima ratio*, isto é, somente na inviabilidade de os demais ramos do direito tutelarem devidamente os bens jurídicos relevantes na vida das pessoas e na da própria comunidade.

⁷³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

ser fundado na vingança privada para se tornar atribuição e prerrogativa do Estado⁷⁴.

Aqui, o juiz criminal, considerando haver indícios suficientes de um fato punível, atua de ofício e recolhe ele mesmo as provas que convencerão (a ele mesmo) da existência de um delito⁷⁵. Há evidente protagonismo judicial, e não se percebe clara distinção entre as funções de acusar e julgar.

O acusador e o juiz muitas vezes se confundem na mesma pessoa e há sempre grande disparidade entre os poderes do juiz (isto é, do Estado) e da defesa, na medida em que toda e qualquer limitação à atuação judicial é considerada inconveniente⁷⁶. Como alerta Roberta Lofrano Andrade, “o sistema inquisitório vai transformar o processo em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado”⁷⁷.

O sistema inquisitório pressupõe, assim, um instrutor que atue solitariamente. Ele elabora a hipótese e busca provas que a confirmem. Quando as encontra, as colhe⁷⁸ e o faz sem nenhuma limitação de caráter processual ou material, na medida em que busca a verdade real⁷⁹.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 68. No mesmo sentido, Hélio Tornaghi afirma que o procedimento inquisitório foi surgindo como meio de corrigir as deficiências e falhas do acusatório. TORNAGHI, Hélio. Do processo penal brasileiro. *Arquivos da Polícia Civil do Estado de São Paulo*, v. 26, 1975.

⁷⁵ Na verdade, como adverte Felipe Machado, a decisão provavelmente já terá disso tomada a *priori*, e o julgador, no fundo, não estará produzindo provas para a embasar, mas sim para justificar o entendimento estabelecido. MACHADO, Felipe. Gestão da prova, a pedra de toque do processo penal acusatório. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 121. Há evidente quebra da imparcialidade numa situação dessas.

⁷⁶ Pois representaria entraves à obtenção da verdade real. Não se pode deixar aqui de mencionar que as limitações de ordem constitucional à atuação do Sistema Penal têm sido profundamente criticadas por setores da sociedade e do próprio Estado. MANIFESTO contra a bandidolatria. *DefesaNet*, 2017. Disponível em: <[http://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contra-a-BANDIDOLATRIA/-/](http://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contra-a-BANDIDOLATRIA/)>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁷⁷ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 181.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 558.

⁷⁹ Paradigma que Salah H Khaled Jr. denomina “esotérico”. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

Outras pessoas comparecem no processo apenas como meio de obtenção de provas⁸⁰. Vítima e acusado, são tratados como qualquer outra testemunha e deles se exige o compromisso de dizer a verdade. O acusado não é sujeito processual penal, mas sim verdadeiro objeto da investigação⁸¹.

Esse sistema, de difícil conformação com os parâmetros democráticos de Direito estabelecidos pela Constituição Federal, funda o Código de Processo Penal. Thiago Minagé explica:

Datado da década de 1940, o Código de Processo Penal foi criado, elaborado e fundamentado em regras oriundas da Itália fascista, à época dominada por Mussolini, e ainda influenciada pelo “Estado Novo” de Getúlio Vargas. Ele possui inúmeros institutos fundados em **características inquisitórias**, completamente opostas aos preceitos de um Estado Democrático de Direito, no qual, desde um mero suspeito, passando pelo indiciado e também referindo-se ao acusado e condenado, é preciso entender que todos deixaram de ser considerados inimigos e passaram a ser tratados de forma digna, mesmo que tenham praticado ato contrário ao direito ou violador deste⁸². (grifo nosso).

Essa ideia será retomada adiante.

1.2.2 Sistema Acusatório

O processo de matriz acusatória busca assegurar os direitos fundamentais dos sujeitos nele envolvidos, garantindo oportunidades reais e iguais de fala e de participação na construção dialética da sentença. Daí ser considerado uma tendência da modernidade. O Estado-juiz constrói o Direito para o caso concreto a partir de um processo dialético com a efetiva participação das partes, mediante atividade em contraditório⁸³.

⁸⁰ GOLDSCHIMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 68-69.

⁸¹ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 182.

⁸² MINAGÉ, Thiago. *Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Quileditora, 2012. v. 1. p. 217.

⁸³ O direito das partes de participar da construção do provimento judicial em posição de isonomia é um mecanismo de legitimação democrática desse provimento, sendo ainda necessário que tal participação se dê com simetria entre as partes e com observância dos direitos fundamentais. SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 20-21.

No sistema acusatório, todos os atos processuais devem se orientar no sentido da preservação das regras do jogo, isto é, das garantias fundamentais⁸⁴.

Uma de suas características mais marcantes é a separação entre o juiz e as partes (especialmente entre o juiz e a acusação), o que lhe garante imparcialidade⁸⁵. Distinguem-se o órgão de acusação, que em regra é o Ministério Público⁸⁶, o Estado-juiz e a defesa.

Mas a mera separação entre o órgão de acusação e o órgão julgador não é suficiente para caracterizar um sistema como acusatório sob uma perspectiva democrática. Sua essência é a impossibilidade de a gestão da prova ser atribuída ao órgão julgador⁸⁷, que deve se posicionar como um juiz espectador.

O sistema acusatório demanda uma posição judicial de efetivo alheamento à produção da prova, que é atribuição exclusiva das partes. Como ensina Aury Lopes Jr, no sistema acusatório, “condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado do processo, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação”⁸⁸. O processo acusatório é ideologicamente neutro, e esse é o seu grande valor ético. A condenação ou a absolvição nada mais são do que uma operação técnica que decorre da análise imparcial das provas produzidas segundo as regras do jogo, crendo-se o jogo limpo (fair play).

Assim, esse tipo de processo traz em seu âmago o protagonismo da acusação e da defesa. Salah H. Khaled Jr. adverte que “a busca da verdade

⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

⁸⁵ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 182.

⁸⁶ Vale pontuar que em nosso ordenamento há previsão da ação penal de iniciativa privada. Tal possibilidade em nada se opõe ao princípio acusatório. Isso porque a ação penal continua sendo pública, apenas a sua deflagração fica a cargo do particular por uma opção legislativa. Permanecerão os demais elementos do processo acusatório: partes opostas, juiz imparcial, colheita das provas condicionada à iniciativa das partes, etc.

⁸⁷ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 4-5.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 556.

pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, [...] rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal”⁸⁹.

No sistema acusatório, o julgador se limita às solicitações dos atores do processo⁹⁰. A colheita de provas é responsabilidade daqueles que, perseguindo interesses opostos, se representam como partes⁹¹. O processo penal se transforma, dessa forma, num litígio mediado pela autoridade judicial, em que vigoram os princípios do contraditório, da oralidade e da publicidade do debate⁹².

Há forte consideração pela dignidade do réu, que é visto como pessoa, verdadeiro sujeito processual. Assim, até a sentença, a regra é o acusado permanecer livre⁹³.

⁸⁹ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 22.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 69.

⁹¹ Aqui um cuidado se impõe. Num Estado Democrático de Direito, não interessa a condenação de um inocente tanto quanto não interessa a absolvição de nenhum culpado (sendo esta, entretanto, uma opção preferível àquela). Assim, ainda que o Ministério Público seja parte e, portanto, dele não se possa esperar imparcialidade, não deixa ele de ser fiscal da lei. Seu compromisso ético deve vinculá-lo à higidez do sistema e ao respeito aos direitos fundamentais.

⁹² ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 182.

⁹³ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 183. No processo penal constitucional brasileiro, a regra é a excepcionalidade da prisão cautelar, isto é, antes do trânsito em julgado da condenação penal. Força aqui lamentar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a antecipação do cumprimento da pena para logo depois da confirmação da condenação em segunda instância, ainda que pendentes de julgamento recurso especial ou extraordinário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 fev. 2018. Felizmente, dentro da própria Corte Suprema há dissidentes dessa posição, e liminares vêm sendo concedidas para impedir esse vilipêndio à norma constitucional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 145.856-MC/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. *HC 146.815/MG*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170824-06.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018. Vale mencionar a pendência das ADC's nº 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pugnam pela revisão do entendimento adotado pela Corte. Os processos, que couberam à relatoria do Min. Marco Aurélio, já receberam parecer da Advocacia Geral da União pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, na medida em que a prisão só deve acontecer após o trânsito em julgado da condenação, sendo qualquer outra interpretação incompatível com o sistema de garantias da Constituição Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. *ADC/43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. Disponível em:

Daí ser possível afirmar que o sistema acusatório é o único compatível com o Estado Democrático de Direito⁹⁴. Como adverte Aury Lopes Jr., um sistema não tem valor por si mesmo, mas sim pelos objetivos democrático-constitucionais que é chamado a cumprir, sendo impensável, no Estado Democrático de Direito, que o direito penal e o processo penal se transformem em instrumento de segurança pública⁹⁵. Essa não é a sua função.

1.2.3 O sistema brasileiro

O sistema brasileiro é tido como um sistema misto. Este, segundo José de Assis Santiago Neto, seria originário da França. O autor esclarece:

O sistema chamado de misto nasce da Revolução Francesa, possuindo sua origem no Código de Instrução Criminal francês de 1808, durante o período napoleônico. O processo foi dividido em duas fases, uma primeira fase inquisitória, chamada de instrutória, na qual o instrutor trabalha de forma

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁹⁴ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 17.

⁹⁵ Isto é, a incidência do direito penal e o processo penal não se podem pretender mecanismos de controle da criminalidade. Fazê-lo seria algo como tratar o sintoma de uma doença sem lhe procurar sanar a causa. Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67. Em lição idêntica, mas com maior enfoque na atuação policial, Álvaro Lazzarini esclarece que a ordem pública tem três elementos: a segurança pública, a tranquilidade pública e a salubridade pública. “Segurança pública é o conjunto de processos políticos e jurídicos destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade” e aponta que a criminalidade insere-se no conceito de segurança pública, para, depois de discorrer a respeito das causas da criminalidade (que para ele são estruturais – miséria e sua exploração política, especialmente a ausência de infraestrutura sanitária e educacional, a falta de programas assistenciais e o desemprego dos mais jovens), afirmar: “é importante esclarecer as causas da criminalidade para demonstrar que a polícia não tem sobre elas, enquanto organismo, qualquer responsabilidade; portanto é um erro culpar-se a polícia pela expansão do crime, quando sabemos que todo mal deve ser atacado sempre e principalmente nas suas origens, e aí, repito, está o papel do Estado em acertar ou não na formulação e implementação de políticas públicas, escoimandoas da demagogia, da fisiologia, do clientelismo, do classismo, do cartorialismo, do nepotismo, do paternalismo, do casuísmo e outras formas de imoralidades que infestam a administração pública brasileira. [...] A polícia é apenas parte de todo um conjunto de órgãos que de forma sistêmica atuam no ciclo da persecução penal.” MOREIRA NETO, 1987 apud LAZZARINI, Álvaro. A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 184, p. 25-85, abr./jun. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44310>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

secreta, e outra contraditória, desenvolvida perante os jurados⁹⁶.

Mas não existe um princípio misto⁹⁷ a embasar um sistema misto. O que se tem é o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Alexandre Morais da Rosa adverte:

Fala-se equivocadamente de sistemas mistos. Entretanto, falar-se de sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante. Com essa dupla face instaure-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob aparência de sistema. É impossível um sistema misto⁹⁸.

A despeito dessa consideração lógica, a doutrina em geral considera que o nosso sistema seja misto porque a Constituição Federal preconizaria um sistema acusatório, ao passo em que a primeira fase da persecução penal, isto é, a instrução preliminar⁹⁹, prevista e disciplinada pelo Código de Processo Penal (de matriz declaradamente fascista – o Código Rocco), seria

⁹⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 90.

⁹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47.

⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 80.

⁹⁹ Na linha proposta por Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao longo deste estudo será utilizada a expressão ‘instrução preliminar’ em detrimento dos termos ‘inquérito policial’ ou ‘investigação preliminar’. ‘Instrução preliminar’ tem a vantagem de reconhecer o valor da atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária, que por vezes leva ao Judiciário não apenas elementos de convicção, mas provas que serão submetidas a contraditório diferido. Os autores citados defendem o uso da expressão pelos seguintes argumentos: “O termo que nos parece mais adequado é o de ‘instrução preliminar’. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim ‘instruere’, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a ‘opinio delicti’ do acusador e justificar o processo ou o não processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento. [...] Ao vocábulo ‘instrução’ devemos acrescentar outro – ‘preliminar’ – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando a sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo ‘preliminar’ vem do latim – prefixo ‘pre’ (antes) e ‘liminaris’ (algo que antecede, de porta, de entrada) – deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas. LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88.

inquisitória¹⁰⁰ na medida em que não foi prevista a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

A questão não é tão simples assim.

A primeira consideração a se fazer concerne ao fato de que a ausência de previsão legal ou constitucional para que a instrução preliminar seja pautada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa não a qualifica, imediata e necessariamente, como mecanismo inquisitório. Nada impede¹⁰¹ que a autoridade policial conduza a instrução preliminar com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial aos direitos fundamentais, admitindo certa margem de contraditório e de defesa já na fase pré-processual.

A segunda observação necessária relaciona-se ao fato de que o que afasta a disciplina do Código de Processo Penal do sistema acusatório é o protagonismo judicial que ele admite. E essa característica não é exclusividade da instrução preliminar.

De fato, a Constituição Federal elegeu o princípio dispositivo como seu ideal democrático¹⁰², embora não o tenha declarado expressamente. Como bem ponderado por Roberta Lofrano Andrade:

Se a Constituição assegura ao Ministério Público a privacidade do exercício da ação penal pública, prevê a necessidade de um devido processo legal, calcado na ampla defesa e no contraditório, traz a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e assegura o julgamento por magistrado competente e imparcial, percebemos que, apesar de não dizer expressamente, ela adotou o sistema acusatório para nosso processo penal¹⁰³.

Mas nossa legislação processual penal ainda mantém a essência do sistema inquisitório que informou a sua criação e, pior, a praxe da persecução

¹⁰⁰ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 185/186.

¹⁰¹ Antes recomenda-se.

¹⁰² ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 191.

¹⁰³ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 229.

penal ainda não absorveu plenamente o modo de agir democrático¹⁰⁴. Na verdade, não só nossas regras infraconstitucionais, mas sobretudo nossa cultura processual penal é inquisitiva.

Daí Aury Lopes Jr. qualificar nosso sistema como neoinquisitório. Não pela existência da instrução preliminar, insista-se, mas pelo alto protagonismo conferido ao julgador na gestão da prova ao longo não apenas da fase processual, mas também da fase pré-processual da persecução penal. Confirmam-se as suas lições:

o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório (pois o art. 156, e tantos outros, atribui a iniciativa probatória ao juiz) e que possui, como agravante, a prevenção como causa de fixação da competência, de modo que o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que, pela regra do art. 83 do CPP, irá atuar na fase processual (admitindo, portanto, a prova que ele mesmo colheu)¹⁰⁵. Ao lado disso, o sistema brasileiro admite algumas práticas probatórias absolutamente incompatíveis com um processo penal constitucional, como os exames criminológicos, os diagnósticos sobre a interioridade do agente (como as pseudoavaliações sobre a personalidade, a “periculosidade”, etc.) e outras provas desse estilo. Trata-se de passatempos introspectivos neoinquisitoriais, incompatíveis com um processo penal minimamente evoluído.

Classificamos de *neoinquisitorial*, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, etc¹⁰⁶.

Além do dispositivo mencionado pelo doutrinador, diversos outros há, no Código de Processo Penal, que dão ao juiz uma posição ativa contrária ao sistema acusatório. Exemplificativamente, confirmam-se os seguintes artigos:

¹⁰⁴ Não é senão por incompreensão do sistema acusatório que o enunciado 26 do Fonajuc estabeleceu: “não viola o sistema acusatório a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz, nos termos do art. 310, inciso II do CPP”.

¹⁰⁵ Com vistas a evitar essa situação, uma das “16 Medidas contra o Encarceramento em Massa”, propostas legislativas apresentadas pelo IBCCrim, pelos Juízes para a Democracia, pelo CEDD/UnB e pela Pastoral Carcerária, é a criação do Juizado de Garantias, que seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, impedindo, além disso, que a autoridade judiciária que atue na fase investigativa sentencie o processo. IBCCRIM. *16 propostas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 555.

Art. 127. O juiz, **de ofício**, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Art. 209. O juiz, **quando julgar necessário**, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º **Se ao juiz parecer conveniente**, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, **independentemente de requerimento de qualquer das partes**, para sua juntada aos autos, se possível.

Art. 242. **A busca poderá ser determinada de ofício** ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, **cabará a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal**, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (grifo nosso).

Dessarte, a mera admissão, pelo Código de Processo Penal, da iniciativa probatória do juiz (subsidiária ou prevalente) e da livre apreciação da prova (livre convencimento, ainda que motivado), são indicativos de que não conseguimos, ainda, incorporar à nossa legislação um sistema processual penal verdadeiramente acusatório, embora seja essa a vontade constitucional¹⁰⁷. Esse paradigma precisa ser mudado, na medida em que o princípio acusatório está no centro de todas as garantias processuais penais¹⁰⁸.

A despeito da incompatibilidade do sistema inquisitório com a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência pátria admite a gestão da prova pelo juiz, com ponderamentos, isto é, permite que o juiz colabore com a produção probatória, desde que o faça de modo complementar à atividade das

¹⁰⁷ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 3.

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. v. 2. p. 13.

partes, com vistas à reconstrução histórica dos fatos¹⁰⁹. Há também doutrina que infelizmente se esquece da necessária constitucionalização¹¹⁰ do processo penal e sustenta a necessidade de aceitação das regras do Código de Processo Penal como postas. Confira-se trecho na obra de Guilherme de Souza Nucci:

Não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, **seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense**. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que se estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto¹¹¹. (grifo nosso).

¹⁰⁹ Confirmam-se os seguintes julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1688051/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018 e RHC 58.186/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 15/09/2015.

¹¹⁰ Ao tratar do fenômeno da constitucionalização do Direito, expressão de uso relativamente recente na terminologia jurídica, o Ministro Luís Roberto Barroso esclarece o seu conteúdo: “A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.” A constitucionalização do Direito é um fenômeno bastante recente em países de democratização tardia, como é o caso do Brasil, que apenas a partir da Constituição Federal de 1988 viu o texto constitucional se tornar o centro do sistema jurídico, fonte de onde todos os ramos do Direito devem emanar. As constituições já não contam apenas com a supremacia formal que sempre tiveram, adquirindo, agora, supremacia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios nela inseridos. Nesse sentido, ainda o Ministro Luís Roberto Barroso esclarece: “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si [...] mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como ‘filtragem constitucional’, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 201-202, 211). No mesmo sentido, Flávio Tartuce pondera que a lei ordinária deve dar contornos à norma constitucional, sem, porém, infringi-la ou restringi-la. Confira-se: “A ordem jurídica é um todo harmônico e os grandes princípios e garantias ditados pela Constituição Federal devem ter os contornos e características que a lei ordinária lhes der, sem infringi-los ou restringi-los”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 144.

¹¹¹ NUCCI. Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126.

Esse tipo de solução não pode persistir, pois incompatível com o sistema preconizado pela Constituição Federal de 1988, que, além de tudo o que já mencionado, admite o controle difuso de constitucionalidade. A regra infraconstitucional que não encontra fundamento de validade na Constituição Federal não pode ser aplicada.

A Constituição tem força normativa e deve ser respeitada. Impõe-se aos operadores do Direito que compreendam essa sistemática e alterem a forma como a persecução penal tem se realizado em juízo e em sua fase pré-processual, sob pena de termos na Constituição um mero elenco figurativo de garantias.

O sistema inquisitório, como mencionado, tem no suposto autor do crime um objeto de investigação e não um sujeito de direitos. Ele desconsidera a pessoa¹¹² e, com isso, aparta-se irremediavelmente da Constituição Federal, que tem na Dignidade da Pessoa Humana um dos fundamentos da República.¹¹³

Vale pontuar que a proposta do novo Código de Processo Penal atualmente em tramitação representa uma tentativa de superação do sistema inquisitório, com vistas a instituir entre nós um processo penal efetivamente democrático¹¹⁴.

1.3 Garantismo

Muito se festejou a redemocratização que, no Brasil, teve início em meados da década de 1980, e culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, astuciosamente apelidada de ‘constituição cidadã’ pelo então presidente do Congresso Nacional, o deputado Ulysses Guimarães.

¹¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. *A desconsideração do humano no processo penal inquisitivo*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-desconsideracao-do-humano-no-processo-penal-inquisitivo/>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018

¹¹⁴ MACHADO, Felipe. Gestão da prova, a pedra de toque do processo penal acusatório. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 120.

Os movimentos sociais são pendulares, partindo de um extremo a outro antes de encontrar o seu ponto de equilíbrio. O processo penal brasileiro reflete essa tendência¹¹⁵. A Constituição Federal de 1988 trouxe, em oposição ao regime autoritário que a antecedeu, uma série de garantias relativas à persecução penal, às quais se acrescentam outras, decorrentes dos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário e das próprias normas infraconstitucionais.¹¹⁶

Como mencionado anteriormente, é bem verdade que o processo penal democrático preconizado na Carta Maior não é, ainda, plenamente vigente em nosso ordenamento jurídico. A estrutura do processo penal de uma nação é o termómetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição¹¹⁷. A democracia brasileira e, conseqüentemente, a ideia de um processo penal democrático, ainda estão em construção. Tal como adverte Rogério Schietti Machado Cruz:

No processo penal brasileiro [...] dispomos de uma Carta Política progressista, que incorpora praticamente todos os princípios, direitos e garantias que configuram um processo penal moderno e democrático [...] porém, no plano infraconstitucional e, mais ainda, no terreno da praxe judiciária e da investigação criminal, ainda não refletimos o modelo projetado pelo constituinte de 1988.¹¹⁸

Não obstante, a busca pela institucionalização do modelo democrático preconizado pela norma constitucional, um modelo de matriz

¹¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

¹¹⁶ Vale pontuar que desde a EC n. 45/2004, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, segundo o mesmo rito destinado às Emendas Constitucionais, a elas equivalerão, passando, portanto, a ter caráter de norma constitucional e não mais supralegal como entendia o Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 466.343-SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 87.585-TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

¹¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935. p. 67.

¹¹⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 28

indubitavelmente garantista, deve ser incansável. Assim, já desde os anos 1990, começaram a surgir defensores da aplicação, entre nós, da doutrina de garantias cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli.

Cumpramos então compreender o Garantismo, afirmando desde já se tratar da única matriz filosófica compatível com a Constituição Federal de 1988.

Na definição da Carta de Jundiaí,

O Garantismo é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo, o contraditório (=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência etcetera. O Garantismo Processual, ainda, respeita e leva a sério o papel contramajoritário da Constituição e das garantias por ela estabelecidas, além de racionalmente empreender, em caráter pedagógico, na dissuasão de posturas dogmático-discursivas que, contraditórias à Liberdade constitucionalmente garantida, contemplam proposições e soluções jurisdicionais 'ex parte principis' reveladoras de arbítrio. O Garantismo Processual também implica um tipo de concentricidade que remete o seu discurso à cláusula do 'due process of law', que por resplandecer no núcleo fundante dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição da República faz do Processo uma instituição de garantia, e não um ambiente político estatal para que o Judiciário atue para conflagrar a macrocósmica visão de mundo dos agentes públicos que o integram.

Logo, qualquer postura racional (=plano das ideias) ou realizacional (=plano prático) que rejeite a utilização do Processo como ambiente autoritário-volitivo-criativo será uma postura de salvaguarda do processo como garantia. Portanto, uma postura consentânea com o Garantismo Processual e todos os multifacetados valores constitucionais nos quais se encontra aninhado.¹¹⁹

A ideia central do Garantismo é se constituir em um sistema que se pautar pela defesa dos inocentes, de forma a minimizar a possibilidade de punições injustas, ainda que a custos de absolvições indevidas. O caminho

¹¹⁹ PELA compreensão e concretização do Garantismo Processual. 2017. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR100953>>. Acesso em: 9 out. 2017.

indicado por Ferrajoli é o respeito aos Direitos e Garantias constitucionais, é o respeito às regras do jogo.

O Garantismo Penal, como se verá, ultrapassa os limites do simples legalismo associado ao liberalismo, ainda que se constitua numa teoria essencialmente positivista. O Garantismo, apoiado que está numa visão política e teórica própria do Estado Democrático, é expressão do iluminismo e funda-se na dignidade da pessoa humana, o que implica entender todos os seres humanos como iguais, como elementos fraternos que compõem a sociedade.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito¹²⁰. Trata-se, em verdade, de um metaprincípio¹²¹ do qual decorre a maioria dos direitos fundamentais¹²².

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana significa tratar a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado¹²³, de modo que o metaprincípio abrange não só a dignidade de cada indivíduo, mas também a dignidade de todos. Trata-se, segundo o autor, de um “valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio ou interesse”¹²⁴.

Partindo dessa ideia, o autor estabelece algumas decorrências do metaprincípio, dentre elas a constatação de que a dignidade de uma pessoa deverá ser protegida a despeito de seus comportamentos sociais, ainda que ilícitos e sancionados pelo direito penal. Pondera que:

Por isso, nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos [...] e os condenados a que sejam aplicadas penas ou medidas de

¹²⁰ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 19

¹²¹ A dignidade da pessoa humana é o centro axiológico em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009. p. 105-108.

¹²² Lembrando que a norma constitucional, segundo Canotilho, deve ser interpretada no sentido que lhe conferir maior eficácia. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

¹²³ O ser humano é sujeito de direito; não pode ser tratado como mero objeto.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais.¹²⁵

Veda-se, pois, a submissão de qualquer pessoa, ainda que presa, a uma “condição de humilhação”¹²⁶, afinal, “ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante”.¹²⁷ Liberdade e igualdade são elementos essenciais da dignidade humana¹²⁸. Daí a advertência de Marco Antonio Villas Boas:

A execução de uma lei jamais deverá aniquilar a dignidade de um ser humano. Com o aparecimento da infração, abre-se uma janela para o processo investigatório e uma nova pretensão nasce. Os mecanismos estatais passarão a funcionar dentro de seus limites. Qualquer avanço nas apurações, fora do círculo permissível, será ato de arbítrio. Por isso é que a dignidade humana se traduz como cláusula pétrea da Carta Constitucional¹²⁹.

O aplicador da norma, ao olhar o indivíduo como sujeito de direitos e não mais como mero objeto do processo, não se sujeita mais apenas à letra da lei, devendo sujeição a todo o ordenamento. As normas só encontram fundamento de validade se forem compatíveis com o sistema de proteção constitucional e convencional dos direitos fundamentais. Isso porque, como aponta Norberto Bobbio no prefácio da obra de Ferrajoli, “em um ordenamento que tenha recebido os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser meramente formal”.¹³⁰

Os direitos e garantias fundamentais surgem, assim, como a coluna vertebral do ordenamento jurídico, sendo o Garantismo um mecanismo de interpretação e de aplicação das normas (penais e processuais penais) que tem os direitos e as garantias constitucionais como baliza. Daí se concluir

¹²⁵ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 174.

¹²⁶ Expressão utilizada pela Ministra Carmen Lúcia na discussão do Habeas Corpus n. 89.429/RO, em que o paciente pretendia, entre outros, o reconhecimento do direito de não ser filmado algemado. A ordem foi concedida para vedar a utilização das algemas.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018

¹²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

¹²⁹ VILLAS BOAS, Marco Antônio. *O réu como vítima*. Leme: Mizuno, 2006. p. 47.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 10.

tranquilamente que o Garantismo é a única teoria compatível com o Estado Democrático de Direito.

Na obra de Ferrajoli, o Garantismo é apresentado sob três acepções.

Na primeira delas, Garantismo é um modelo normativo de direito, é uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade. Segundo o próprio Ferrajoli:

No primeiro significado, garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos¹³¹.

O Garantismo preconiza um direito penal minimalista, que efetivamente serve de limite ao Estado. É, pois, um mecanismo de limitação do *ius puniendi*, que somente se exercerá segundo as regras previstas pelo ordenamento jurídico, isto é, segundo as regras do jogo, que, na lição de Alexandre Morais da Rosa, são os princípios decorrentes do devido processo legal¹³². Não se pode, no atual contexto constitucional, admitir um processo penal alheio ao devido processo legal, como se o mero respeito às normas formalmente postas fosse suficiente¹³³.

O devido processo legal é um dos alicerces do constitucionalismo moderno e em matéria penal assume enorme relevância, na medida em que, no processo penal, lida-se com bens preciosos do ser humano: liberdade e dignidade. O devido processo penal é uma garantia do indivíduo, e encontra a

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.785.

¹³² ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 76.

¹³³ ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 85. Nesse sentido, conferir: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 94016. Segunda Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em:

sua base principiológica na Constituição Federal¹³⁴. Previsto no art. 5º, LIV, tem dupla feição: a restrição de qualquer direito demanda a instauração de um processo, isto é, não pode ser determinada imediatamente, sem respeito às leis. Além disso, o processo deve ser adequado, isto é, não pode ser um simulacro de procedimento.

Numa democracia, o provimento jurisdicional que não for construído com base no devido processo legal nem sequer pode ser tido por juridicamente existente¹³⁵, pois não passível de submissão a controle. No Estado Democrático de Direito, a legitimação das decisões do Estado se dá pela via da dialética, que se explicita pela fundamentação.

O devido processo legal impõe a presunção de inocência como premissa do processo penal democrático. Ela deve ser entendida simultaneamente como uma norma de tratamento, no sentido de que todos devem ser de fato tratados como inocentes, e como uma norma de julgamento, indicando que todo o ônus probatório é da acusação¹³⁶.

A presunção de inocência, postulado universal de Direito previsto na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e que entre nós foi prevista expressamente pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), é o princípio reitor do processo penal. Todos devem ser tratados como inocentes, até que se conclua em contrário num processo justo. É, nas palavras de Pisani, um “presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale”¹³⁷, ainda que, entre nós, mesmo passados quase trinta anos de nova ordem constitucional, seu preceito normativo e suas decorrências

¹³⁴ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 39/40

¹³⁵ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 20. Aliás, vale aqui a nota de Antônio do Passo Cabral: De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz. Negavam-se prerrogativas das partes relacionadas à lógica dispositiva. CABRAL, Antônio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 158.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562.

¹³⁷ PISANI apud LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. p. 7-8. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ainda não tenham sido plenamente incorporados ao agir dos personagens da persecução penal.

A presunção de inocência é uma garantia, um valor eminentemente ideológico que implica a ilegitimidade de se impor à pessoa investigada ou denunciada consequências jurídicas decorrentes da instrução preliminar ou do processo antes de a condenação ter se tornado definitiva. Como ponderado por Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, trata-se de uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal¹³⁸.

A regra, portanto, é que a persecução penal se desenvolva com a pessoa investigada/denunciada alheia ao estado de detenção, lembrando que a liberdade está no cerne da dignidade da pessoa humana¹³⁹. Mas Alexandre Morais da Rosa adverte: “presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor, é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória”¹⁴⁰. Os níveis de eficácia dos direitos fundamentais são de difícil implementação num Código como o nosso¹⁴¹, de matriz declaradamente fascista, lembre-se.

Daí a jurisprudência¹⁴² admitir que em certos momentos processuais a dúvida milite em favor da sociedade. Na dúvida, deveria a autoridade policial deter o suposto autor do crime; na dúvida, deveria o órgão ministerial

¹³⁸ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. p. 7-8. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

¹³⁹ Aury Lopes Jr adverte que “o direito de liberdade é um valor superior no ordenamento jurídico (‘caput’ do art. 5º da CB) e inclusive ocupa, graças à presunção de inocência, uma posição preferente quando comparado ao poder de punir” LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 556.

¹⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 88.

¹⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 561.

¹⁴² No STJ: RESp nº 1.702.585/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2017; AgRg no AREsp 686.555/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 22/09/2015. No STF: ARE 873294 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017; ARE 986566 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 29-08-2017 PUBLIC 30-08-2017.

apresentar denúncia; na dúvida, deveria o juiz recebe-la; na dúvida, deveria o juiz pronunciar o réu no procedimento do júri.

Essa ideia, que se denomina Princípio do *in dubio, pro societate*, não guarda nenhuma compatibilidade com o sistema preconizado pela Constituição Federal de 1988, constituindo inadmissível vício inquisitório.

Fundando o seu raciocínio na estrutura das cargas probatórias definidas pela presunção de inocência, Aury Lopes Jr. pondera que

O *in dubio pro reo* é um critério pragmático para solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra. O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo do *in dubio, pro societate*¹⁴³.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura adjetiva de “abominável” a ideia de um princípio do *in dubio pro societate*. Confira-se:

A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio do “*in dubio pro societate*”¹⁴⁴.

No mesmo sentido é a lição de Tourinho Filho:

É indispensável haja nos autos do inquérito ou peças de informação, ou na representação, elementos sérios, sensatos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis de que o seu autor foi a pessoa apontada¹⁴⁵

Não se pode olvidar o peso de uma acusação na vida de uma pessoa. O castigo decorrente da persecução penal começa muito antes da condenação. Como pondera Leonardo Marcondes Machado, a mera suspeita que recai sobre alguém já lhe causa inconvenientes¹⁴⁶. É, assim, insustentável

¹⁴³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 567-568.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 175.639. Sexta Turma. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de março de 2012. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/71119/2/STJ%20-%20Habeas%20corpus%20175639.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

¹⁴⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 334.

que a dúvida autorize uma acusação, ameace a liberdade ou macule a dignidade de qualquer pessoa.

Processo penal é garantia, e deve ser levado a sério, “sob pena de se continuar a tratar a ‘inocência’ como figura decorativo-retórica”¹⁴⁷.

Em sua segunda acepção, o Garantismo é uma teoria jurídica de validade e efetividade das normas. Novamente, segundo o próprio Ferrajoli:

Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.¹⁴⁸

A norma válida sob o ponto de vista garantista é aquela que concorda com o ordenamento superior, ou seja, com a Constituição Federal de 1988 e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil adira. Nenhum aplicador do direito tem obrigação jurídica de fazer incidir ao caso normas incompatíveis com o ordenamento (logo inválidas), ainda que vigentes.

Isso porque, na sua terceira acepção, o garantismo é uma filosofia política que impõe uma carga de justificação externa conforme a todos os bens jurídicos e interesses tutelados pelo Estado e pelo Direito. Ainda segundo Ferrajoli:

Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 89.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 786.

“dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.¹⁴⁹

O garantismo se coloca, assim, como uma trava ideológica contra a ação indiscriminada do Estado em face das liberdades do cidadão e da cidadã. O sistema garantista se afasta da incerteza e da imprevisibilidade, preconizando mínima intervenção com máximas garantias.

Para tanto, Ferrajoli preconizou dez axiomas¹⁵⁰:

- a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
- b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei);
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade);
- d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico);
- e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta);
- f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa);
- g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo legal);
- h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação; *nemo iudex sine actori*);
- i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas);
- j) *Nulla probatio sine defensione* (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).

O direito penal garantista é minimalista, o que não implica se tratar de uma teoria abolicionista. Muito pelo contrário. Como bem registra Vera

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 787.

¹⁵⁰ Daí a crítica de Vera Malaguti Batista, para quem o garantismo é uma espécie de utilitarismo penal reformado, na medida em que seus “dez mandamentos” têm um quê de religioso. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 106.

Malaguti Batista, trata-se de uma teoria legitimante do poder punitivo estatal¹⁵¹, demandando apenas que ele seja exercido segundo as regras estabelecidas e com franco respeito aos direitos fundamentais.

Vale abordar a advertência feita por Luiz Flávio Gomes, no sentido de que:

O Direito Penal 2.0, já no princípio do século XXI, apresentada um duplo vício: o de defeito e o do excesso. Consoante Ferrajoli [...], ambos devem ser evitados. Não é aceitável nem a deficiência da jurisdição penal (sobretudo frente à criminalidade dos poderosos) nem o Estado policalesco (sobretudo frente à criminalidade dos sem poder)¹⁵².

Douglas Fischer cunhou a expressão 'garantismo hiperbólico monocular' para se referir justamente a um desses excessos, que seria a aplicação evidentemente desproporcional (hiperbólico) e isolada (monocular) das normas, protegendo tão somente os direitos fundamentais individuais dos cidadãos e cidadãs que se veem investigados, processados ou condenados¹⁵³. Argumenta não ser esta a vontade da Constituição Federal de 1988 que, ao mesmo tempo em que proibiu excessos, vedou a proteção insuficiente, a omissão¹⁵⁴, e estabeleceu o dever de garantir segurança como imperativo constitucional (art. 144, *caput*).

Esse discurso traz em si o risco de fundamentar justamente o que o Garantismo visa limitar: a gana punitivista estatal.

Ocorre que a oposição entre punitivistas e garantistas é equivocada. O Garantismo, como já pontuado, não é uma teoria abolicionista, mas sim uma teoria justificadora do poder punitivo. É a expressão da democracia constitucional no campo penal.

Punitivistas insistem fortemente na negação de direitos aos supostos autores de crimes, como se não fossem destinatários da proteção

¹⁵¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 106.

¹⁵² GOMES, Luiz Flávio. 25 anos depois, direito penal 3.0. *Boletim IBCCrim*, n. 298, set. 2017.

¹⁵³ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60553/garantismo_penal_integral.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.

constitucional à dignidade da pessoa humana e como se tal viés, de matriz garantista, inviabilizasse as punições penais. Na verdade, não existe incompatibilidade entre a eficiência da persecução penal e o Garantismo. Antônio Scarance Fernandes defende que “esses *dois vetores* [eficiência e Garantismo] *não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo*”¹⁵⁵. Na verdade, compete ao Estado ampliar a liberdade e a segurança e, como esclarece historiador da Universidade de Yale, Timothy Snyder, em seu estudo sobre a tirania, a relação de exclusão entre um e outro não passa de uma falácia. Sua posição merece ser transcrita:

O jurista Carl Schmitt, explicou em linguagem clara a essência do fascismo. A maneira de destruir todas as regras, declarou, é concentrar-se na ideia de ‘exceção’. Um líder nazista supera seus adversários construindo a convicção geral de que o momento presente é excepcional e, depois, transformando esse estado de exceção numa emergência permanente. **A partir daí, os cidadãos trocam a liberdade real por uma falsa segurança.**¹⁵⁶ (grifo nosso)

Em um Estado Democrático de Direito, não existe possibilidade de punições legítimas senão mediante a observância das regras do jogo. Não existe democracia sem controle, e o controle, no processo penal, perpassa pela paridade de armas, isto é, pela exigência de igualdade efetiva entre os litigantes¹⁵⁷.

A paridade de armas entre a acusação e a defesa deve vigorar desde a fase pré-processual da persecução penal¹⁵⁸, sendo também conveniente anotar que não há persecução penal democrática sem contraditório. É ele quem dá feições democráticas à persecução, afastando-a das tentações autoritárias.

No sistema da *commom law* e no processo penal italiano, a defesa atua efetivamente na atividade investigativa, não apenas assistindo à produção probatória (“*difesa dispozione*”), mas buscando melhores resultados

¹⁵⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

¹⁵⁶ SNYDER, Timothy. *Sobre a tirania: vinte lições do século XX para o presente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 96.

¹⁵⁷ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 223

¹⁵⁸ TUCCI, Rogerio Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002. p. 202-204.

defensivos e de contribuição efetiva na construção do conjunto probatório (“*difesa di movimento*”)¹⁵⁹. É o direito de se defender provando.

Não estabelecida, no ordenamento brasileiro, a investigação defensiva nem tão pouco usual a sua verificação na prática, é imprescindível que se assegure ao acusado/investigado algum grau de contraditório, para que sua versão dos fatos seja ao menos considerada pela autoridade policial (e posteriormente pelo responsável pela denúncia ou pela queixa).

A efetiva participação da defesa na elucidação dos fatos minimiza erros e evita a postergação de procedimentos inúteis. Tais cenários custam caro não apenas em termos morais para aquele que se submete à investigação ou ao processo, mas também à sociedade, que se vê ameaçada pela sensação de impunidade. Custam, ainda, em termos patrimoniais, isto é, custam literalmente e custam caro, na medida em que é inquestionavelmente dispendiosa a manutenção da estrutura de persecução penal.

Pondera Ingo Wolfgang Sarlet que, a despeito de os direitos fundamentais não serem absolutos, qualquer intervenção que se faça a seus núcleos, para ser considerada legítima, deve ser embasada nos parâmetros do Estado Democrático de Direito:

A tendência de justificar técnicas mais invasivas da esfera pessoal na seara do combate ao crime e à corrupção, muito embora retrate uma tendência forte em todos os recantos do mundo, ainda mais depois do fatídico 11 de Setembro, não pode, contudo, resultar sem contraponto e ajuste aos parâmetros mínimos do Estado de Direito, existindo alternativas compatíveis. Assim, por exemplo, ao passo que nos EUA o abate de aviões com civis a bordo e tripulados por terroristas se revela possível, o Tribunal Constitucional da Alemanha considerou tal medida inconstitucional, o mesmo ocorrendo em outros casos nos quais a tradição alemã e europeia prevalente é mais protetiva. Isso demonstra que tanto o legislador quanto a jurisdição constitucional (mas não apenas esta) podem ser mais ou menos deferentes para com intervenções mais intensas nos direitos fundamentais. Mas também evidencia que o binômio segurança-liberdade não precisa ser resolvido, necessariamente, em prol da segurança, mas, sim, à feição de que mais segurança também pode

¹⁵⁹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37-39.

garantir mais liberdade. Esse, portanto, um importante e urgente desafio a ser enfrentado.¹⁶⁰

Tal qual na demologia de James I da Inglaterra, acredita-se hoje que os métodos probatórios e as garantias do processo são indesejáveis práticas de arbitramento de responsabilidades penais. Ocorre que o Garantismo não representa impunidade¹⁶¹, mas sim imunidade dos cidadãos e das cidadãs face a arbitrariedades do Estado nas proibições e punições¹⁶².

Dessarte, todos os excessos devem ser evitados, pois, reitera-se, o processo penal lida não apenas com a liberdade da pessoa, mas também com a sua dignidade. O direito penal não pode ser visto como panaceia de todos os males da sociedade, não pode servir de instrumento de segurança pública. O Estado demanda o império da lei contra todos, mediante o respeito às regras. Punição e garantias não são ideias antagônicas.

1.4 Breve reflexão a respeito dos efeitos sociais do encarceramento.

É inquestionável que os discursos “modernos” estão tomados de intolerância e ódio. As garantias constitucionais e os direitos fundamentais ganharam status de impunidade e os profissionais do direito que ousam adotar posturas garantistas são execrados publicamente pela mídia e pela população¹⁶³, como se todos os males da sociedade e toda a criminalidade adviessem da presunção de inocência.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais viveram série de retrocessos no plano fático e jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-direitos-humanos-viveram-serie-retrocessos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁶¹ Em recente artigo publicado na internet, Lênio Luiz Streck ponderou: “Esse discurso de que garantias atrapalham e estimulam a impunidade já está ficando cansativo. Trata-se de um discurso outsider, que serve sempre para o “outro”. Qualquer pessoa acusada gostaria — e gosta — de ter a seu favor todos os mecanismos processuais, como ocorre em qualquer democracia. É uma falácia dizer que nosso sistema processual estimula a impunidade, por ser de índole liberal. Qual seria o processo “não liberal”? Um direito totalitário? Um direito que suprimisse instâncias ou que ignorasse (ou admitisse) prova ilícita? Algo como uma das cláusulas do Pacote Anticorrupção?” STRECK, Lênio. *Constituição Federal é garantia contra o poder autoritário estatal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-14/streck-constituicao-garantia-poder-autoritario-estatal>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

¹⁶² FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo penal (integral)?* p. 15. Disponível em: <www.metajus.com.br/textos.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁶³ Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner questionam: opinião pública ou opinião publicada? LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

Ademais, ainda persiste a visão que aposta na punição em geral – e na pena de prisão em particular – como forma de solucionar os problemas mais complexos da sociedade. Desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o mês de agosto de 2015, foram editadas 77 leis ordinárias e complementares criando novos tipos penais. Ou seja, vivemos em franca expansão e recrudescimento do direito penal¹⁶⁴.

A prisão é, nesse contexto, a principal pena do mundo ocidental. Subordina-se à fábrica, como lembra Vera Malaguti Batista se reportando a Massimo Pavarini, na medida em que “a Revolução industrial precisa de novos dispositivos de controle social para o disciplinamento e o assujeitamento dos contingentes miseráveis que produziu”¹⁶⁵. Em ideia similar, Wacquant, na nota aos leitores brasileiros de sua obra, ponderou que “a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades”¹⁶⁶

E, por mais equivocada que seja a ideia de que o crime e a violência podem ser trancados atrás das grades¹⁶⁷, ou de que seja tarefa do sistema penal e processual penal a prevenção e o combate à criminalidade, para as pessoas em geral, quanto mais rápida a prisão, maior a sensação de eficiência do sistema. Ocorre que a “justiça do já”¹⁶⁸ leva ao encarceramento em massa de pessoas ainda não condenadas.

O Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas aponta que já há duas décadas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico nesta nossa região,

¹⁶⁴ IBCCRIM. *16 propostas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 26.

¹⁶⁶ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 8.

¹⁶⁷ MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 17.

¹⁶⁸ VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017. Disponível em <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82/72>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

especialmente por não se coadunar com o direito à presunção de inocência e por nem considerar a excepcionalidade da privação de liberdade, que deve ter caráter processual e ser aplicada conforme critérios de legalidade, necessidade e proporcionalidade¹⁶⁹. Registra, ainda, que as pessoas submetidas a prisão preventiva têm menos probabilidade de serem absolvidas do que aquelas que respondem ao processo em liberdade¹⁷⁰, o que constitui evidente desvantagem.

O Relatório considera, ademais, os efeitos pessoais do encarceramento, que coloca o detento em situação precária, tensa e violenta, sujeitando a risco a sua vida e a sua integridade. Confira-se:

A CIDH vem trabalhando sobre esse tema através de todos os seus mecanismos. Através do sistema de casos e medidas cautelares, por exemplo, ficou clara a situação de tensão e violência provocada pela superlotação, assim como os riscos causados por esta situação à vida e integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, pois, dentre outras questões: a) impede a classificação dos presos por categorias; b) dificulta o acesso a serviços básicos; c) facilita a proliferação de doenças; d) gera um ambiente em que as condições de insalubridade e higiene são deploráveis; e) restringe o acesso dos internos a atividades produtivas e propicia a corrupção; f) prejudica o contato familiar dos reclusos; e g) causa sérios problemas para a administração penitenciária¹⁷¹

Rafael Godoi, fazendo referência às lições de Goffman, pondera que o ingresso numa instituição total, como é a prisão, tem o condão de causar “morficações do eu” no sentido de que a pessoa encarcerada é despida de sua própria identidade e dignidade, perdendo até mesmo o seu nome, que é substituído por um número e/ou apelido, no mais das vezes considerados humilhantes¹⁷². Dessa perda de identidade decorre que, como adverte Shecaira, o preso bem ajustado às regras da prisão não é alguém regenerado

¹⁶⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas para reduzir a prisão preventiva*. p. 13. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017..

¹⁷⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas para reduzir a prisão preventiva*. p. 76. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017..

¹⁷¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas para reduzir a prisão preventiva*. p. 77. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017..

¹⁷² GODOI, Rafael. Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Ano 5, n. 8, fev./mar. 2011. p. 143.

e apto a voltar ao convívio social. Ao contrário, é alguém que não terá condições à convivência em liberdade. São suas as seguintes palavras:

O homem prisionado, como diz Manoel Pedro, ou institucionalizado, como afirma Erving Goffman, é alguém inadaptado para o convívio em liberdade, exatamente por se identificar com a instituição total a que está recolhido, até por uma necessidade de sobrevivência¹⁷³.

Além disso, segundo preconiza a teoria da rotulação social, o envolvimento com a justiça criminal faz com que forte carga valorativa negativa adira ao suposto autor de crimes, que passa a ser um 'outsider', isto é, alguém que não é mais aceito como membro da comunidade. O desviante, que passa a ser tratado como um criminoso, tende a buscar aproximar-se de seus iguais, o que o leva ao início de uma carreira criminal, ou seja, à reincidência (e, conseqüentemente, ao aumento da sensação de insegurança social).

Novamente, vale a remissão aos escritos de Shecaira:

A pena atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. [...] O que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A repressão punitiva – em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados¹⁷⁴.

Não se pode desconsiderar que a investigação preliminar tem, em certa medida, a função simbólica de contribuir para amenizar o mal-estar social causado pelo crime, isto é, por restabelecer a sensação de que os órgãos estatais atuarão e de que não haverá impunidade. Não obstante, como

¹⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 267.

¹⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 263-264.

advertem Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, o que restabelece a tranquilidade é a imediatidade da ação persecutória penal, e não necessariamente a prisão processual¹⁷⁵ que deve ser evitada porque o potencial estigmatizante do encarceramento é infinitamente maior do que o de ser investigado.

Ademais, a detenção não tem apenas efeitos sobre a pessoa cuja liberdade se limitou. Ela atinge igualmente a família do encarcerado e seu meio social.

Obviamente, não se está aqui fazendo referência apenas às revistas vexatórias ou a outras situações degradantes e agressivas a que os familiares dos encarcerados são submetidos para com ele conviverem. Está-se, isso sim, apontando para o efeito desestruturante que o encarceramento tem sobre todos aqueles que se relacionam com a pessoa encarcerada.

É a sociologia, nas palavras de Rafael Godoi, quem elucida:

Desestruturação, ruptura e estigma têm sido noções fundamentais para uma extensa reflexão sobre a ação da prisão num ambiente familiar ou comunitário. Os efeitos deletérios da prisão no entorno social do preso são temas discutidos e desdobrados em diversos trabalhos. Comfort (2003) formulou a hipótese de “prisionização secundária”, como um dos processos que afetam principalmente as mães, esposas e namoradas de presos que continuamente passam pela experiência de visitação em uma unidade prisional. A autora analisou a dinâmica social da visitação num presídio de segurança máxima na Califórnia, destacando as alterações comportamentais e simbólicas que esse processo específico de socialização introduz na vida dessas mulheres.

Travis e Waul (2003) organizaram uma publicação dedicada ao tema dos efeitos do encarceramento em diferentes níveis, na qual existe uma explícita preocupação em avaliar como os serviços sociais, sanitários, educacionais e correccionais podem se integrar de uma maneira mais efetiva para melhor atender às necessidades de indivíduos, famílias e comunidades desestruturadas pelo encarceramento. Com uma abordagem menos programática, Mauer e Chesney-Lind (2002) organizaram um livro no qual, entre tantas questões sobre os efeitos colaterais do recente incremento do encarceramento, aparecem trabalhos que repõem a questão da desestruturação que o cárcere promove na organização familiar e comunitária. Os trabalhos de OSPDH (2006), na Espanha, e de Myashiro

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

(2006), no Brasil, indicam que esse tipo de argumento também é mobilizado para dar conta dos efeitos mais amplos do encarceramento lá e aqui.¹⁷⁶

A detenção e a prisão são desestruturantes por essência e, até por isso, devem ser impostas com moderação e com cautela, especialmente nos casos em que determinada pela autoridade policial (detenção), quando nem sequer comprovada a culpabilidade, prevalecendo a presunção de inocência.

Tratando exclusivamente da prisão processual, muitas vezes levada a cabo em delegacias de polícia, e numa visão assumidamente corporativista, é válido registrar que a manutenção de pessoas encarceradas em tais estabelecimentos atenta contra as normas de direito administrativo, no sentido de que a custódia de presos provisórios não é função da autoridade policial. Nesse sentido é o alerta de Fiona Macaulay:

A superlotação e a falta de recursos humanos geraram também um grave problema estrutural, qual seja, o envolvimento das forças policiais no processo de detenção. Apesar das tentativas de algumas autoridades de transferir os detidos para presídios e a jurisdição para secretarias de justiça ou administração penitenciária, as carceragens das delegacias ainda são usadas para os detidos em prisão preventiva, que aguardam, não raro por vários meses, a transferência para presídios. Por lei, eles deveriam ser mantidos nas carceragens por, no máximo, uma semana¹⁷⁷

A autora ainda aponta que:

O uso de delegacias como prisões e a manutenção, em alguns estados, da vinculação do sistema prisional a secretarias de segurança pública constituem uma contravenção clara à lei brasileira e das diretrizes internacionais, que preconizam que os órgãos responsáveis pela prisão e interrogatório de suspeitos não devem cuidar de sua custódia a longo prazo¹⁷⁸.

A custódia de detidos em delegacias, sob a vigilância e responsabilidade da autoridade policial, constitui, pois, desvio de função, de

¹⁷⁶ GODOI, Rafael. Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Ano 5, n. 8, fev./mar. 2011. p. 140-141.

¹⁷⁷ MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 18.

¹⁷⁸ MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 19.

modo que também por esse motivo deve ser combatido o encarceramento em massa, quase sempre imediato e desnecessário.

Vale aqui, por fim, o alerta lançado por Alvino Augusto de Sá no Prefácio da obra de Shecaira:

Se o ato de punir não se deixar permear e dominar pela reflexão crítica e sempre atualizada, por parte de seus operadores, também o ato punido prevalecerá cada vez mais sobre o pensamento por parte dos que o praticam, na medida em que a norma para eles nada mais significa e não lhes traz motivação alguma. Corre-se o risco de se regredir mais e mais ao estágio primitivo da mente (e da história do homem), a um estágio de barbárie no qual se observa o predomínio quase exclusivo do ato sobre o pensamento crítico e criativo¹⁷⁹.

¹⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11. (Prefácio).

2 A POLÍCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Estabelecido que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que traz em seu âmago a pretensão de tutelar e garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos e cidadãs, cumpre agora passar ao estudo da Polícia nesse contexto político.

Para tanto, avaliar-se-ão as suas funções e atuação, além da posição da autoridade policial no ordenamento jurídico.

2.1 O que a Polícia faz?

O sistema penal é dividido em três momentos funcionais.

Inicialmente, se dá a criminalização primária. É o momento em que as normas são produzidas.

Uma vez verificado o desvio, nasce para o Estado o *jus puniendi*, poder-dever de promover a persecução penal, que se desenvolve em duas fases sucessivas: na investigação preliminar e no processo penal. Sobre esse escalonamento, escreveu José Frederico Marques:

A 'persecutio criminis' apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo.¹⁸⁰

Tanto na investigação quanto no processo, busca-se a aplicação da norma. É a criminalização secundária, levada a cabo pela Polícia e pelo Judiciário.

O terceiro momento do sistema penal é a execução. Uma vez incidente a norma ao caso concreto, pela sentença, o Estado imporá o cumprimento da pena ou da medida de segurança imposta.

Vale aqui um lançar de olhos para o Direito Administrativo para distinguir a atividade da Polícia do poder de polícia, funções de naturezas distintas. De sua origem comum, como bem pontua Celso Antônio Bandeira de

¹⁸⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 1. p. 128.

Mello, decorre que o designativo “polícia” é equívoco, na medida em que se refere a coisas radicalmente distintas e submetidas a regimes jurídicos de diversidade inconciliável¹⁸¹.

O termo “polícia”, segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, origina-se do vocábulo grego ‘politeia’, que designava todas as atividades das cidades-estado¹⁸². Posteriormente, na Idade Média, coincidindo com o período de redescobrimto do direito romano, se cunhou a expressão ‘jus politiae’, representando o poder do príncipe de regular a sociedade civil com vistas a alcançar a segurança e o bem-estar coletivos. As atividades exercidas pela autoridade temporal passaram a se distinguir das imposições morais advindas das instâncias religiosas¹⁸³. Não se cogitava de subordinação desse poder do príncipe a qualquer tribunal, razão pela qual o modelo é conhecido com Estado de Polícia¹⁸⁴.

No Absolutismo, a palavra “polícia” chegou a identificar o próprio Estado¹⁸⁵, tamanho o poder dele, mas uma nova fase se iniciou com o Estado de Direito e o Liberalismo, cujo maior mote, como se viu no capítulo anterior, era assegurar a liberdade e a propriedade dos cidadãos e cidadãs. A atuação estatal deveria constituir exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. Essa transição é narrada por José Pedro Zaccariotto nos seguintes termos:

Somente a partir do Estado de Direito [...] é que o vocábulo polícia deixou, pouco a pouco, de delinear a administração estatal em seu todo, com sua gama quase infinita de atribuições, especialmente a molde de uma verdadeira panaceia pública, passando, assim, gradativamente, a especificar em linguagem corrente e leiga [...] o setor subsidiário do Estado visando, sobretudo, à prevenção e

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 779.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106-107.

¹⁸³ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 25.

¹⁸⁴ A terminologia Estado de Polícia serviu inicialmente para qualificar a Prússia de Frederico II, um Estado de feições paternalistas e intervencionistas que ganhou notoriedade por ter se estabelecido como uma grande potência militar. ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 26

¹⁸⁵ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 25.

punição dos ilícitos, mediante o emprego de um aparelho rígido e autoritário de investigação e intervenção¹⁸⁶.

A Polícia era essencialmente relacionada à segurança¹⁸⁷, o que foi posteriormente ampliado com o Estado social, que passou a assegurar também a ordem econômica e social. Criaram-se, então, as Polícias especiais, que atuavam nos mais diversos setores de atividades particulares¹⁸⁸, e a Polícia geral, relativa à segurança pública e objeto deste capítulo¹⁸⁹.

Atualmente designa-se Polícia administrativa aquela que se predispõe a impedir ou paralisar atividades antissociais, ao passo que rotula-se de Polícia judiciária a que se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.¹⁹⁰ A linha de diferenciação está na ocorrência ou não de um ilícito de natureza penal¹⁹¹. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

A importância da distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária está em que a segunda rege-se na conformidade da legislação processual penal e a primeira pelas normas administrativas [exercendo o poder de polícia]¹⁹².

A Polícia de segurança pública é a expressão mais visível e representativa do Estado. Ela é a força pública que exerce, nas relações sociais internas¹⁹³, o monopólio da violência física legítima¹⁹⁴, impedindo que

¹⁸⁶ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p.27-28.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 107.

¹⁸⁸ Exercendo o que hoje conhecemos por poder de polícia, cuja definição legal é: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁸⁹ Obviamente, as atividades de polícia sempre existiram, em alguma medida, nas comunidades, apenas não possuíam a denominação de Polícia. ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 30.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 793.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 793.

¹⁹³ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 27

¹⁹⁴ Dominique Monjardet questiona a afirmação de monopólio da violência legítima pela polícia, ponderando que em nenhum lugar a polícia detém verdadeiramente o monopólio do uso regrado da força, não no sentido estrito de monopólio. Isso porque os ordenamentos

qualquer outra pessoa recorra à violência ou a contendo em níveis que o próprio Estado admite como aceitáveis. Confirmam-se os ensinamentos de Dominique Monjardet nesse sentido:

Max Weber subscrevia à afirmação de Trotski: “Todo Estado é baseado na força”, e desenvolvia, mais sociologicamente, “o Estado contemporâneo [é] uma comunidade humana que, nos limites de um território determinado [...], reivindica com sucesso por sua própria conta o monopólio da violência física legítima. Essa reivindicação se sustenta de várias maneiras, ideológicas, jurídicas, mas antes de tudo pragmática: pela criação, manutenção e comando de uma força física suscetível, por sua superioridade, de impedir a qualquer outra pessoa o recurso à violência, ou de contê-lo nos quadros (nível, forma, objeto) que o próprio Estado autoriza. Essa força pública é mais comumente denominada polícia¹⁹⁵.”

A Polícia, assim executa a violência legítima de que o Estado se apoderou quando tirou das pessoas a possibilidade de realizar a justiça (melhor dizer, o justicamento) privado. É ela quem faz valer nas ruas o poder do Estado¹⁹⁶. Sua atuação, obviamente, reflete a ideologia deste, sempre num balanço entre Direito e força¹⁹⁷.

Vale ponderar, como faz Nina Ranieri, que:

Nem todo Estado legal ou jurídico é Estado de Direito. Inexiste Estado de Direito nos estados totalitários, identificados como

preveem hipóteses outras. Ele cita o poder dos guardas de prisão, que na França devem atirar em detento que tente evadir-se, mesmo que desarmado, o direito de coação dos pais sobre os seus filhos, além da possibilidade de uso de força pelas autoridades militares contra os seus subordinados. Mas ele esclarece que duas particularidades singularizam a atuação policial: (a) o alvo policial é indeterminado, isto é, ela pode atuar contra qualquer pessoa, em qualquer lugar, de modo que se pode afirmar que **a polícia exerce o monopólio da violência legitimamente exercida contra todos**, sendo, pois, universal; e, (b) toda manifestação da polícia é sempre escalável em força, na medida em que os ordenamentos preveem o recurso às forças armadas como mecanismo de auxílio à Polícia, transformando-as, assim, temporariamente, em polícia, até que o quantum de força necessário, seja ele qual for, seja atingido. MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 25-26. (grifo nosso).

¹⁹⁵ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 13.

¹⁹⁶ A Polícia confirma a concepção da ciência política de que o Estado tem a força como fundamento de poder. FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 170. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁹⁷ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 176. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

suportes da ideologia fascista que tentou superar as ineficiências do Estado liberal de direito. Tampouco há Estado de Direito em ditaduras, no sentido de governos exclusivos, pessoais, moral e juridicamente condenáveis.

Sem regulação jurídica da atividade estatal e limitação do poder estatal, com respeito à pessoa humana e à proteção de seus direitos, não há Estado de Direito, mas Estado mais ou menos autoritário.¹⁹⁸

Tanto quanto a escolha de um sistema processual se vincula à opção política de um determinado Estado¹⁹⁹, também o perfil de sua Polícia varia em se tratando de Estado autoritário ou de Estado democrático²⁰⁰. Em interessantíssima analogia, Dominique Monjardet compara a Polícia a um martelo, no seguinte sentido:

Comumente, se admite que um martelo serve principalmente para bater pregos, mas sabe-se que, abrigado numa caixinha vermelha fixada na parede de um vagão ou de um ônibus, ele serve para “quebrar vidro” e libertar-se, em caso de acidente que torne as portas inacessíveis. Como picareta, ele ajuda a escalar as montanhas. Sabe-se também que pode permitir rachar uma cabeça. Seguramente, não é a soma infinita das possíveis utilidades do martelo que pode defini-lo, mas a dimensão comum a todos os seus usos, que é aplicar uma força sobre um objeto. Enquanto instrumento, o martelo não tem finalidades próprias, ele serve (mais ou menos eficazmente, segundo suas características técnicas) às finalidades daquele que o maneja. Acontece exatamente o mesmo em relação à polícia: instrumento de aplicação de uma força (a força física em primeira análise) sobre o objeto que lhe é designado por quem a comanda. Por este motivo, a polícia não poderia ter finalidade própria, não há transcendência da coerção física (mesmo para o sádico, ela é apenas um meio). A polícia é totalmente para servir [ancillaire], e recebe sua definição – no sentido de seu papel nas relações sociais – daquele que a instrumentaliza. Por isso, pode servir a objetivos os mais diversos, à opressão num regime totalitário ou ditatorial, à proteção das liberdades num regime democrático. Pode acontecer que a mesma polícia (os mesmos homens, a mesma organização) sirva sucessivamente a finalidades

¹⁹⁸ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 196.

¹⁹⁹ Em geral, os Estados Autoritários identificam-se ao sistema inquisitório movido por uma evidente hiperatividade do controle social, que teria como grande meta a erradicação do mal. Em oposição, nos Estados Democráticos, o processo penal surge como freio à ânsia punitiva do próprio Estado e como mecanismo de legitimação da persecução penal. Daí a sua associação ao sistema acusatório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48-49

²⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48-49.

opostas e, por esse motivo, crie problemas graves nos períodos de transição de um regime político a outro²⁰¹.

A Polícia pode, assim, ter “alvos privilegiados”²⁰².

Seu foco pode ser a ordem política, isto é, a garantia das liberdades e a defesa das instituições. Claramente, a Polícia que assim atua é uma instituição que protege o sistema e, por isso, se relaciona com os Estados de Polícia e totalitários. Nesse sentido, Marcos Tarcísio Florindo nos auxilia:

A aplicação da força nas relações sociais é um dos esteios da soberania do poder político quando este não advém do consenso ou do carisma. Quanto mais o poder político carece de consentimento e se mantém no estribo de sua própria autoridade, mais a polícia aparece como uma autêntica ‘polícia da soberania’ e sua atuação se distancia das raias do direito e se conforma em fazer valer o direito do mais forte, ou a razão do Estado. Sua prioridade é debelar os focos de insurgência e manter sob estrito controle a população, sobretudo os setores marginalizados.²⁰³

Eros Roberto Grau também registrou essa relação entre a violência social e o autoritarismo do Estado. Confira-se:

Os jogadores, dotados de poder de dominação, promovem e estimulam a violência social, porque ela, em primeiro lugar, confere ao jogo aparência de luta; em segundo lugar, porque a existência da violência social justifica o autoritarismo do Estado²⁰⁴.

A Polícia de Estados totalitários é belicista, autoritária e treinada para combater o inimigo. Timothy Snyder, em seu estudo sobre a tirania, pondera:

Os regimes autoritários em geral contam com uma força policial de choque, cuja tarefa consiste em dispersar cidadãos que procuram protestar, e uma polícia secreta cujas missões incluem o assassinato de dissidentes e de outras pessoas designadas como inimigas. E de fato encontramos forças do

²⁰¹ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.22.

²⁰² MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.143.

²⁰³ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 178. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 14.

segundo tipo por trás de algumas das maiores atrocidades do século XX, como o Grande Terror na União Soviética, em 1937-8, e o Holocausto dos judeus europeus pela Alemanha nazista, em 1941-5. No entanto, seria um grande engano imaginarmos que a NKVD soviética e a SS nazista agiram sem apoio. Sem a assistência de forças policiais regulares e, às vezes, de soldados das Forças Armadas, essas organizações não poderiam ter empreendido uma matança de tamanha escala.²⁰⁵

No Brasil, já existia, desde o período colonial, um esboço de polícia, que apenas em 1841 passou a distinguir funções de polícia administrativa e de polícia judiciária. Com o advento da República em 1889, a Constituição de 1891 transferiu para os Estados a incumbência de fundar e dirigir as suas forças policiais. Apenas a Polícia do Distrito Federal ficou a cargo da União. Disseminou-se o modelo paulista com uma polícia de carreira, com atuação essencialmente jurídica e fundada em padrões modernos, concentrando nos Delegados de Polícia toda a autoridade policial.

O quadro permaneceu quase inalterado até que, na Era Vargas, a Constituição de 1937 representou grande retrocesso para a Polícia, na medida em que passou a ser uma polícia meramente política, “responsável por toda a sorte de abusos e violações aos direitos fundamentais de ‘subversivos’, ‘comunistas’ e ‘suspeitos de qualquer natureza’, cometidos em nome de uma falaciosa segurança do Estado”, como registrou José Pedro Zaccariotto²⁰⁶. A polícia, insista-se, é expressão do poder que a comanda. Quando em Estados autoritários, como é o caso deste período, ela serve ao regime e não às pessoas.

Felizmente, a Constituição de 1946 restabeleceu entre nós o Estado de Direito. Mas ela não se empenhou em otimizar os serviços policiais no Brasil, permitindo apenas que os Estados reconstruíssem as suas estruturas, caso o desejassem.

A tomada do poder pelos Militares em 1964 e a Constituição de 1967 não alteraram de forma considerável a estrutura policial, mas o Ato Institucional nº 5, de 1968, restabeleceu o padrão de policiamento em favor do Regime tão

²⁰⁵ SNYDER, Timothy. *Sobre a tirania: vinte lições do século XX para o presente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 46.

²⁰⁶ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p 70-71.

característico dos Estados totalitários. Vale a transcrição das tristes palavras de José Pedro Zaccariotto:

As polícias estaduais tomaram a linha de frente na repressão aos 'subversivos'. [...] Essas forças policiais envolveram-se num ilimitado vale-tudo, desenvolvido, forçosamente, à margem da legalidade. Prisões arbitrárias e clandestinas, perpetradas mediante sequestros, a tortura como expediente rotineiro nos porões, e o extermínio banalizado, foram as piores marcas desse desventurado período²⁰⁷.

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo esclarece:

As polícias brasileiras vêm ao longo de sua história enfrentando dificuldades para atuar na assistência aos cidadãos e na prevenção e esclarecimento de forma eficiente e transparente [dos crimes]. **Durante um importante período da história do Brasil, as polícias foram utilizadas como instrumento de controle político.** Elas atuaram de forma violenta e arbitrária contra os opositores dos governos militares, e esse período marcou essas instituições como violadoras dos direitos humanos, legitimadas pelo medo do comunismo e de suas ações terroristas²⁰⁸. (grifo nosso)

Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, a atuação policial só é legítima se balizada não por um compromisso com a Administração e/ou com a segurança pública, mas sim com os fins da justiça criminal²⁰⁹. É dizer que a Polícia do Estado Democrático de Direito não deve servir ao regime, mas sim à garantia dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no evento criminoso, isto é, vítimas e autores de crimes. A Polícia que se volta ao desvio criminal protege pessoas e bens²¹⁰.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹¹ estabeleceu a necessidade de uma força pública para a garantia dos direitos humanos²¹²,

²⁰⁷ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 73.

²⁰⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 657.

²⁰⁹ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 12.

²¹⁰ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 143.

²¹¹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

²¹² A Polícia é a única instituição que recebe esse tipo de atenção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

única forma de Polícia que se pode considerar democrática. Confira-se: “Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.”

Assim, a Polícia do Estado Democrático de Direito refletirá o dilema do modelo a que se vincula, um paradigma que simultaneamente se propõe a garantir justiça e segurança²¹³. O Estado Democrático de Direito, lembre-se, tem seu poder limitado²¹⁴ e a sua baliza são os direitos fundamentais.

O maior desafio da Polícia é compatibilizar a necessidade de eficiência de suas atividades com as limitações decorrentes do respeito aos direitos fundamentais²¹⁵. Para tanto, tem duas ferramentas principais: a força e a autoridade²¹⁶.

A força é o recurso policial por excelência²¹⁷, mas a verdade é que uma Polícia verdadeiramente democrática recorrerá muito mais à sua força simbólica do que ao exercício efetivo da força. Por ‘força simbólica’ entenda-se autoridade.

Anabella Di Pego, ao tratar do vocábulo ‘autoridade’ esclarece que a palavra provém do termo latino *auctoritas*, que significa aumentar, fazer crescer, magnificar²¹⁸. Segundo a autora, esta origem nos remete à singularidade de que autoridade implica acatamento ou obediência não fundada em coação. Aliás, para ela, “*si quien detena autoridad debe recurrir a la coacción o a la persuasión para realizar su voluntad, entonces en realidad resulta que hay un déficit de autoridad.*”, haverá não autoridade, mas sim autoritarismo.

²¹³ LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de. *Segurança pública e violência: o estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 9.

²¹⁴ Não se pode esquecer que “o processo penal é movido por uma função limitadora” GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

²¹⁵ Valendo reiterar o alerta feito no capítulo anterior no sentido de que não existe incompatibilidade entre o garantismo e a eficiência da atividade policial.

²¹⁶ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 143.

²¹⁷ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.27.

²¹⁸ DI PEGO, Anabella. Autoridad. In: MUÑOZ, Maria Tereza; LEROUX, Sergio Ortiz; MARCÓN, Julieta (Coords.). *Diccionario de Justicia*. México, 2017, p. 588. Disponível em: <https://www.academia.edu/32396456/Autoridad_en_Diccionario_de_justicia_Carlos_Pered_a_ed._>. Acesso em: 04 fev. 2018.

Assim, autoridade e força acabam se confundindo no Estado Democrático de Direito, e se fundamentam na confiança que a população deposita na sua Polícia.

O Brasil foi o primeiro país da América Latina a ser regido pelos militares (1964) e o último a abandonar esse regime (1985). A transição democrática se iniciou em 1974, com o General Geisel, e teve como seu marco histórico a Constituição de 1988²¹⁹, muito embora não se possa afirmar categoricamente o abandono do perfil totalitário.

Isso porque a transição do Estado Policial²²⁰ para o Estado de Direito pressupõe a substituição de uma legislação autoritária por um ordenamento democrático e legítimo, o que não se verificou plenamente no Brasil, como se demonstrou no capítulo anterior.

Como Polícia é poder²²¹, a nossa reflete, em seu perfil, essa incongruência do sistema. É muito tênue a linha entre o democrático e o autoritário. Daí a divergência na classificação das polícias que Dominique Monjardet aponta:

Para a esfera progressista, a polícia é instrumento de dominação por excelência do poder, isto é, da classe dominante. [...] No lado oposto, a esfera conservadora, ou apologética, define a polícia como instrumento especializado da 'law enforcement' (aplicação da lei), numa visão puramente funcionalista em que a sociedade, espécie de 'deus ex machina', dá mandato à polícia de reprimir o desvio²²².

Dominique Monjardet estruturou os seus estudos sobre a polícia com base na observação de que o aparelho policial é, indissociavelmente, (a) um instrumento de poder, conforme já analisado; (b) um serviço público,

²¹⁹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 325.

²²⁰ O Estado Policial se caracteriza pelo arbítrio e pelo uso intensivo das forças de ordem.

²²¹ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 180. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²²² MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.151.

suscetível se der requisitado por todos²²³; e, (c) uma profissão²²⁴ (o que será objeto do próximo item deste mesmo capítulo).

Enquanto serviço público, a Polícia é o primeiro órgão do Estado com quem, em geral, o cidadão e a cidadã se deparam em busca de auxílio. Na verdade, a Polícia é, para a maior parte da população, especialmente a de baixa renda e pouco acesso aos serviços públicos em geral, quase que uma personificação do Estado. Ela é a faceta do Estado mais próxima e acessível a essas pessoas que buscam na instituição a solução de seus conflitos²²⁵. Esse caráter prestacional da Polícia é destacado por Luciano Oliveira. Confira-se:

Não se deduza que estou afirmando que a polícia e as classes populares sejam entidades que se relacionem apenas pelo enfrentamento e pela exclusão. Não é verdade. Ao contrário do que se poderia à primeira vista imaginar – e até do que sugere a maior parte da literatura existente sobre o tema -, as classes populares também demandam serviços da polícia, e muito. [...] A relação entre a polícia e as classes populares é permeada por uma ambiguidade onde se alternam a prestação de serviços e a repressão – a mais das vezes ilegal. E a verdade é que essas ações à margem da lei não são eventuais excessos de “maus policiais”, mas configuram hábitos e práticas corriqueiras que virtualmente revogam as leis formalmente vigentes. E, o que é mais preocupante, tudo parece indicar que essa ‘performance’ policial tem uma forte legitimidade social, que ela conta com um significativo apoio da população²²⁶

Infelizmente, entre nós, é inquestionável que predomina, ainda, uma concepção autoritária²²⁷. O dano causado à essência da instituição pelos anos em que ela foi utilizada como polícia política foi tamanho que, mesmo com a abertura política e a redemocratização do país, ainda vêm à tona denúncias da

²²³ A ação policial, enquanto serviço público, pode ter início por solicitação do povo, por comando de um outro órgão (v.g. solicitação do Ministério Público) ou por ordens de autoridades superiores. MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.141.

²²⁴ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p.p 15.

²²⁵ OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Mas, vale aqui o alerta de Dominique Monjardet, no sentido de que “a polícia não é [e acrescento que nem pode se pretender] um instrumento universal e não pode resolver todas as carências dos serviços públicos e da organização social”. MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 295.

²²⁶ OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 60-61.

²²⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.30.

utilização da violência como mecanismo de investigação nas delegacias de polícia, o que não guarda nenhuma legitimidade, obviamente.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo pondera a respeito da Polícia:

A transição democrática garantiu os direitos políticos e o processo eleitoral, mas não assegurou os direitos civis a todos os cidadãos e a reforma das instituições policiais. O controle legal da violência permaneceu abaixo de um nível aceitável e os principais obstáculos não foram enfrentados. [...] Imersas em uma cultura que combina o uso excessivo da força contra determinados grupos sociais e uma lógica de funcionamento burocrática e bacharelesca no âmbito da investigação criminal, a volta à democracia não alterou as estruturas da polícia, tradicionalmente comprometidas com a proteção das elites e do Estado e a supressão dos conflitos sociais²²⁸.

Como já denunciava Michel Foucault:

seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; [...] é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros [...] que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um dos seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona a outra fadada à desordem²²⁹

Vera Malaguti Batista alerta que o Brasil se policizou profundamente a partir da transição democrática, o que ela atribui ao medo da desordem, que “dispara entre os conservadores a retórica da restrição de direitos e da impunidade”²³⁰. É inquestionável que o direito penal, e conseqüentemente a Polícia que o aplica, sempre serviram aos interesses dominantes de uma sociedade. Como adverte Nilo Batista, “há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do direito penal”²³¹. A Polícia, instituição política que é, reflete as características do poder.

O elemento diferenciador do Direito, quando comparado a outros regramentos voltados à organização social (religião, moral, costume), é a

²²⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 654.

²²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. São Paulo: Vozes, 1999. p. 243.

²³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 114.

²³¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 22.

coação²³². Nas palavras de Marcos Tarcísio Florindo, cabe à polícia velar, nos ambientes sociais, sobre o “pacto” social anunciado no regime da lei, que, na formulação clássica do Estado burguês, anuncia a igualdade jurídica e a imparcialidade de sua aplicação²³³. Nesse sentido, o autor adverte:

Toda polícia é política, devido ao seu papel instrumental na vigilância, promoção ou salvaguarda das relações do poder vigente. Aliás, a análise do ‘modus operandi’ das instituições policiais permite avaliar o caráter do poder e as formas específicas da dominação assumidas em cada formação social²³⁴.

A Polícia tem, historicamente, um papel de controle social²³⁵. No Brasil colônia, ela controlava as classes populares e os escravos²³⁶, agindo de forma arbitrária na imposição dos costumes da sociedade patriarcal e aristocrática. Inaugurado o período republicano, a sua função declarada era a defesa da ordem pública²³⁷. Sua ação sempre se confundiu com a da própria lei²³⁸.

Como esclarece Wacquant, o trabalho policial obedece a uma lógica de controle e reeducação das condutas dos membros fracos ou incompetentes da classe trabalhadora²³⁹. A Polícia, porquanto depositária da força

²³² RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 195

²³³ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 171. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²³⁴ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 168. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²³⁵ KELLING, George L.; WILSON, James Q. *160 years of atlantic stories: broken windows: the police and neighborhood safety*. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 2 out. 2018.

²³⁶ Wacquant, na nota aos leitores brasileiros de sua obra, ponderou: a “violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes”. WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 9.

²³⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 655-656.

²³⁸ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 180. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²³⁹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 47

monopolizada pelo Estado, é mecanismo milenar de repressão utilizado pelos detentores do poder contra as massas²⁴⁰. Há marcante viés de controle da população em sua atuação. Já Beccaria associava policiamento a controle. Veja-se:

Iluminar as cidades durante a noite, à custa do público; colocar guardas de segurança nos diversos bairros das cidades; reservar ao silêncio e à tranquilidade sagrada dos templos, protegidos pelo governo, os discursos de moral religiosa, os discursos destinado a sustentar os interesses particulares e públicos às assembleias da nação, aos parlamentos aos lugares, enfim, onde reside a majestade soberana: tais são as medidas próprias para prevenir a perigosa fermentação das paixões populares; esses formam os principais objetos que devem ocupar a vigilância do magistrado de polícia.²⁴¹

A Polícia, de fato, exerce esse papel, sendo o primeiro órgão do Estado que se depara com o desvio social. Aliás, a própria estrutura dos poderes policiais lhe permite segregar, sumariamente, a pessoa flagrada, o que demonstra que lhe foi atribuída função “higienizadora” da sociedade. Nesse sentido, a crítica de Zaffaroni:

Desde o positivismo, e mesmo antes, a linguagem da higiene social é bem expressa. A metáfora escatológica é bem cara: ‘eles’ são para a criminologia midiática as fezes do corpo social. Continuando o raciocínio, que aqui costuma ser interrompido, resultaria que este produto normal de descarte deve ser canalizado através de uma cloaca, que seria o sistema penal. Nenhum operador do sistema penal deveria esquivar-se dessa reflexão: para essa criminologia, nossa função seria a de limpadores de fezes e o código penal um regulamento para escoar os esgotos das cloacas. Policiais, juízes, magistrados, fiscais, catedráticos, juristas, criminólogos, poderíamos todos despojar-nos dos uniformes e togas e imaginar a vestimenta com a qual esta criminologia que nos amedronta pretende nos vestir.²⁴²

O ser humano é gregário, vive em sociedade. E a vida comunitária demanda a instituição de um poder de controle, que acaba por estabelecer mecanismos tendentes a normalizar a conduta das pessoas. As formas

²⁴⁰ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 10.

²⁴¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2015. p. 99

²⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312.

punitivas estatais são um dos mecanismos mais recorrentes para a limitação desses comportamentos desviantes do desejado²⁴³.

Nilo Batista, se reportando a Lola Aniyar de Castro, define controle social²⁴⁴ como o conjunto de táticas, estratégias e forças pelo qual se constrói hegemonia, isto é, a submissão daqueles que não se integram à ideologia dominante. E segue ponderando que o direito penal tem caráter preponderante nesse sistema de controle social²⁴⁵.

A segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária compõem a política criminal, que está, segundo Vera Malaguti Batista, historicamente subordinada à demanda de ordem pública. A autora estabelece que “a questão criminal se relaciona [...] com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social”²⁴⁶. A criminalização e o encarceramento de indesejáveis sociais surgem como dura política de controle social²⁴⁷. E a Polícia surge aí como mecanismo de controle punitivo da mão de obra²⁴⁸.

Ocorre que o Garantismo penal deslegitima qualquer modelo de controle social que coloque a defesa social acima dos direitos e garantias, de modo que a atuação da Polícia que não tenha os direitos fundamentais como enfoque não pode ser tida por legítima. Não obstante, parece inegável que as estruturas policiais, especialmente a polícia investigativa, que atua após o desvio, sejam parte do sistema de seletividade penal.

²⁴³ QUEIRÓZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 24-25.

²⁴⁴ Os mecanismos de controle social podem ser formais, como o Direito Penal, ou informais, nos quais podem ser incluídas a pedagogia, a psicologia, a família. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 81, 108.

²⁴⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011 p. 21-22.

²⁴⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 22-23.

²⁴⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.p. 28

²⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

Ao Judiciário, apenas chegam os delitos que a Polícia investigou que são, evidentemente, fruto da criminalidade perseguida²⁴⁹. Como aponta Marcos Tarcísio Florindo,

Em grande parte dos casos, ela é a instância inicial do processo jurídico, pois é a partir dos seus relatórios e inquéritos que toda a maquinaria da justiça inicia seu movimento. Aliás, de certa maneira, a evocação do judiciário é dependente do arbítrio policial. É a intervenção desse agente que vai definir primeiro, na maioria das ocorrências, se esta merece ou não ser tipificada como caso criminal e elevada às instâncias oficiais da justiça²⁵⁰.

Cumpra aqui uma distinção. No ordenamento brasileiro, a Polícia de segurança pública é privativa de corporações especializadas: as polícias militares e as polícias civis estaduais e federal²⁵¹.

As polícias militares atuam com vistas a evitar a ocorrência de delitos²⁵². O viés militarizado da segurança pública, que prevaleceu no regime de exceção, foi mantido pela Constituição de 1988, que reuniu as Forças Armadas e a segurança pública sob o mesmo título (da defesa do estado e das instituições democráticas). As polícias militares permaneceram, assim,

²⁴⁹ Vera Malaguti Batista diferencia a criminalidade latente da criminalidade perseguida e esclarece que existe uma filtragem entre uma e outra. Essa filtragem, que conhecemos como seletividade penal, é em grande parte realizada no atuar diário das polícias. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁵⁰ FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. p. 173. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109.

²⁵² Este estudo se absterá, porquanto impertinente a seus fins, de profunda discussão acerca da desmilitarização da segurança pública. A despeito disso, algumas considerações são cabíveis. A ideologia autoritária, embora incompatível com o Estado Democrático de Direito, prevalece entre nós. Vera Malaguti Batista pondera que: “o Estado Brasileiro, apesar de todas as racionalizações sociofuncionalistas e dos seminários de direitos humanos, prende, tortura e mata, sem conseguir romper com a linha ascendente da truculência do estado policial.” (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 83). Desse viés autoritário decorre nossa opção pelo reforço da militarização da segurança pública, incrementando-se o paradigma beligerante em detrimento do primado da alteridade, este sim compatível com o Estado Democrático de Direito. Leonardo Marcondes Machado adverte que vivemos um “militarismo de ocasião que invade os mais diversos setores da sociedade brasileira” e pondera que o controle social militarizado é incompatível com os tempos de paz, com o policiamento do cidadão e da cidadã. Não se pode dele discordar. Isso porque a lógica da guerra é a luta contra um inimigo, o que não se pode admitir em um Estado que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento e a igualdade como princípio basilar. A segurança pública de um Estado Democrático de Direito deve se revestir de natureza civil. MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei nº 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, n. 300, nov. 2017. p. 8.

responsáveis pelo policiamento ostensivo e pela preservação da ordem pública, constituindo força auxiliar e reserva do Exército.²⁵³

Já as polícias civis estaduais e federal são constitucionalmente destinadas à investigação criminal. A elas reservar-se-á, neste estudo, a designação Polícia judiciária.

A Polícia judiciária integra o sistema de persecução penal. Sua função, a par de auxiliar do Poder Judiciário, é investigar, isto é, desvendar circunstâncias e autoria dos ilícitos já cometidos, o que faz, via de regra, pela instauração de investigações preliminares que o Código de Processo Penal denomina Inquérito Policial. É ela quem fornece à justiça penal a matéria prima necessária a seu funcionamento²⁵⁴.

Segundo Nilo Batista, a Polícia judiciária deve investigar os crimes sujeitando-se às regras que o Código de Processo Penal consagra para a instrução preliminar e para as provas²⁵⁵. Mas, conforme se demonstrará ainda neste capítulo, no estágio atual do Estado Democrático de Direito, e particularmente na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, a legitimação da Polícia judiciária demanda bem mais do que o mero respeito ao Código de Processo Penal, sendo fundamental olhar a legislação e a aplicar sob o ponto de vista da Constituição Federal e das normas internacionais de Direitos Humanos.

O modelo policial é imprescindível à persecução penal do Estado Democrático de Direito, na medida que a grande maioria das ações penais têm início com fundamento nas investigações policiais a cargo da Polícia judiciária.

A atividade investigatória do Estado é fundamental em todos os Estados Democráticos de Direito. O crime é algo normal e natural²⁵⁶ e cabe ao

²⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018

²⁵⁴ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 97.

²⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 24.

²⁵⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 45. No mesmo sentido posiciona-se Shecaira. Confira-se: "seja na visão da teoria do consenso, em que as funções sociais são atividades das estruturas sociais, dentro do processo de manutenção do sistema – perspectiva em que as disfunções são atividades que se opõem ao funcionamento do sistema social – e em que toda mudança social é uma

Estado, sobretudo por intermédio da Polícia e do Judiciário, zelar pela vontade estabelecida nas leis.

Doutrina e jurisprudência têm encarado a fase pré-processual da investigação criminal com um certo desprestígio teórico²⁵⁷. Aury Lopes Júnior adverte, entretanto, ser “óbvio que a qualidade e eficácia do processo penal está diretamente relacionada com a qualidade da investigação preliminar, enquanto fase preparatória, destinada a justificar a acusação ou o arquivamento”²⁵⁸.

O papel da Polícia é muito mais relevante do que aquele que lhe é atribuído pelos compêndios de Direito Processual Penal. Luciano Oliveira, nos anos 1980, já advertia:

A dogmática jurídica [...] não dá conta da realidade como ela se processa fora dos códigos. Antes, ela normatiza a realidade e produz, inevitavelmente, uma cultura idealista não isenta de alguns perigos. [...] A literatura jurídica, ao antepor entre si e a realidade o viés da norma, corre o risco de produzir um conhecimento desvinculado das práticas sociais concretas. E a instituição policial configura um exemplo típico do que estou a dizer. Para conhecer o que ela é, como atua, quais são os seus usos e costumes (e até jurisprudência!), o melhor caminho, por certo, não será consultar o Código de Processo Penal ou a doutrina judiciária correspondente. Isso porque **a polícia, na verdade, dedica-se cotidianamente a praticar atos que em muito ultrapassam o discreto papel que lhe é determinado pelo arcabouço legal de inspiração liberal sob que supostamente vivemos**²⁵⁹. (grifo nosso)

disfunção, uma falha no sistema, que não consegue mais integrar as pessoas em suas finalidades e valores, seja na visão da teoria do conflito que admite existir dentro da própria sociedade uma permanente luta pelo poder, que só se mantém pela coerção, **não se tem dúvida do papel desempenhado pelo crime dentro desse processo. A partir de seu cometimento, pode-se entender ser ele uma manifestação natural, porém atípica de uma sociedade sadia**” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 130. (grifo nosso)

²⁵⁷ Tem-se notado certa tendência ao estudo do que se convencionou denominar Direito de Polícia Judiciária. Atenta a este enfoque, a Escola Superior de Polícia realizou em Brasília o I Congresso de Direito de Polícia Judiciária (março 2017). Foram discutidos não só a instrução preliminar e suas implicações, mas também os atos de polícia judiciária, a separação de poderes e o devido processo, além do perfil constitucional da atuação das autoridades policiais.

²⁵⁸ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. (Prefácio)

²⁵⁹ OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 22-23.

Mas não é só. A instrução preliminar atinge direitos fundamentais do investigado e repercute na esfera judicial²⁶⁰. De fato, como ensina Leonardo Marcondes Machado:

A investigação preliminar é de importância fundamental em um sistema criminal fundado na dignidade da pessoa humana. A existência de etapa instrutória prévia (ou seja: anterior ao processo) visa afastar acusações desvairadas, sem elementos probatórios mínimos, em face das quais o único efeito concreto será aquele decorrente das penas do processo, qual seja, a eterna rotulação de acusado e todas as suas consequências nefastas à subjetividade, o que independe de qualquer condenação criminal.²⁶¹

Continua o autor defendendo que o castigo decorrente da persecução penal se estabelece bem antes da condenação, desde o momento em que alguma suspeita recai sobre a pessoa²⁶². De fato, como aponta Nilo Batista, “sempre que se tira a liberdade do homem por um fato por ele praticado, o que existe é uma pena”²⁶³.

Não é por outro motivo que nossas Cortes Superiores vislumbram a possibilidade de constrangimento ilegal desde a instauração da instrução preliminar, admitindo o seu trancamento quando evidentemente ausente a condição da justa causa²⁶⁴.

²⁶⁰ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 3.

²⁶¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 333.

²⁶² MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 334.

²⁶³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 47.

²⁶⁴ No STJ - RHC 72.074/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016; HC 353.417/BA, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016; RHC 75.048/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016, de cuja ementa se colhe: o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus ou recurso ordinário, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade – sem destaques no original. No STF - RHC 117988, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, processo eletrônico dje-037 divulg 25-02-2015 public 26-02-2015; pet 4979, relator(a): min. Roberto Barroso, primeira turma, julgado em 23/06/2015, acórdão eletrônico dje-184 divulg 16-09-2015 public 17-09-2015, em que se determinou o trancamento da *notitia criminis*, antes mesmo, portanto, da instauração de procedimento investigativo ou ação penal.

E não poderia ser diferente. Qualquer fase de um processo penal que se pretenda democrático traz em seu bojo normas (regras e princípios) que protegem o indivíduo face ao Estado e que devem ser respeitadas. É o quanto dessas normas é respeitado que determina se a persecução penal se dá de fato em ambiente democrático.

A Constituição Federal preconiza o modelo acusatório de persecução penal. Não obstante, a realidade é que temos um Código de Processo Penal fortemente inquisitorial e uma jurisprudência que busca se amoldar a essa legislação infraconstitucional²⁶⁵, o que é de todo desarrazoado como já mencionado no Capítulo anterior. O Código de Processo Penal precisa ser lido com os olhos da Constituição Federal, e não vice-versa, de modo a permitir que a persecução penal se dê em ambiente democrático.

A instrução preliminar é, em geral, a primeira etapa da persecução penal. Cuida-se de um instrumento de reconstrução aproximada de um fato histórico em tese contrário às normas penais proibitivas, com a finalidade de esclarecer sua autoria, materialidade e circunstâncias.

Vale lembrar que o Estado-juiz, para aferir a existência de justa causa para o recebimento da denúncia ou queixa, deverá analisar os elementos de convicção que as instruem, sendo tais elementos essencialmente aqueles colhidos na instrução preliminar²⁶⁶. Em outras palavras, a investigação preliminar tem a função de demonstrar a viabilidade do exercício do *jus puniendi*, de modo que a Polícia judiciária atua como mecanismo democrático de freio do poder estatal.

A ação da Polícia judiciária deve se restringir à busca e reunião de elementos de convicção capazes de esclarecer os fatos, independentemente de tais elementos serem ou não úteis ao Estado-acusação. A investigação

²⁶⁵ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 5.

²⁶⁶ O autor inclusive sugere que um sistema acusatório genuíno determinaria o recebimento da denúncia ou queixa por um juiz (que poderia ser o juiz de garantias), de forma a que o magistrado que fosse julgar efetivamente o processo não tivesse acesso aos elementos de convicção que ensejaram o início da ação penal, apreciando-a somente com olhos para as provas produzidas com a participação das partes. MACHADO, Felipe. Gestão da prova, a pedra de toque do processo penal acusatório. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.131.

criminal avulta como função especializada, eminentemente técnico-jurídica, cujo único compromisso deve ser com a reconstrução de um fato aprioristicamente tido por criminoso²⁶⁷.

A sistemática do Código de Processo Penal permite afirmar que a instrução preliminar não é fase necessária da persecução penal²⁶⁸, embora, na prática, sejam raros os casos de ação penal que não se inicie com fundamento numa investigação estatal prévia.

Não cabe à Polícia judiciária do Estado Democrático de Direito, sob qualquer pretexto, tomar parte no combate à criminalidade²⁶⁹.

Por fim, vale lembrar a advertência de Cesare Beccaria²⁷⁰ no sentido de que a natureza do ser humano tende ao despotismo. Daí a necessidade de controle externo da atividade policial, que, no nosso sistema, se dá pelo Ministério Público²⁷¹.

2.2 Quem é a autoridade policial?

Como ponderado no tópico anterior, a Polícia é o órgão do Estado a que primeiro a população tem acesso, na medida em que é ela quem faz valer, nas ruas, o poder dele. A Polícia, pontua Manuel Monteiro Guedes Valente, é “o promotor visível da concretização dos vetores da política criminal – legitimidade e eficácia – e dos seus princípios – legalidade, culpabilidade, humanidade e ressocialização do delinquente”²⁷².

²⁶⁷ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p.14.

²⁶⁸ vejam-se os arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º, do CPP.

²⁶⁹ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p.15.

²⁷⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2015. p. 16.

²⁷¹ Vale salientar que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não implica assunção da presidência da instrução preliminar, que é sempre da atribuição das autoridades policiais. A condução da instrução preliminar e em especial a deliberação a respeito das diligências que serão realizadas cabem à autoridade policial, não obstante possa o membro do Ministério Público requisitar diligências investigatórias imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, nos termos do art. 16 do Código de Processo Penal. Até o encerramento da investigação, o Ministério Público atua fiscalizando, ao passo em que a Polícia investiga com caráter discricionário. CARDOSO, Duílio Mocelin. A atuação investigatória da polícia judiciária e o controle externo de legalidade do Ministério Público no inquérito policial. *Revista Prisma*, n. 81, p. 31-38, jan./mar. 2015.

²⁷² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A polícia do estado democrático e de direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 18.

Os policiais relacionam-se diretamente com a população, são a face visível do Estado em termos de segurança pública. Daí a necessidade de se identificarem com a defesa dos direitos humanos.

Particularmente a Polícia judiciária é o órgão incumbido pelo Estado da realização das investigações preliminares dos crimes cometidos e do auxílio ao Poder Judiciário, mas é também, reitera-se, a quem a maior parte da população, especialmente a de baixa renda, recorre para a solução de seus conflitos²⁷³.

O delegado ou a delegada de Polícia personificam essa instituição. São a autoridade policial por excelência²⁷⁴. Como ensina Hélio Tornaghi:

O conceito de autoridade está diretamente ligado ao de poder de Estado. Os juristas alemães, que mais profundamente do que quaisquer outros estudaram o assunto, consideram autoridade [...] todo aquele que, com fundamento em lei [...], é parte integrante da estrutura do Estado [...] e órgão do poder público [...], instituído especialmente para alcançar os fins do

²⁷³ Essa não é, atualmente, uma atribuição legal ou constitucional da Polícia judiciária, mas sim um forte resquício de suas funções no período anterior à atual ordem constitucional. Antes da Constituição Federal de 1988, muitos dos casos que hoje são atribuídos aos Juizados Especiais eram levados à autoridade policial ou a seus delegatários para a solução do litígio, mesmo que de natureza cível. O artigo Sua Excelência, o Comissário, de Luciano Oliveira, faz uma análise empírica de diversos casos em que a autoridade policial foi chamada a atuar como juiz do caso concreto (OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.). No mesmo sentido, colhe-se da obra de Antônio Carlos Beaubrun Júnior o seguinte esclarecimento: “Algumas pesquisas socioantropológicas já foram realizadas sobre os juizados especiais civis e criminais, em grande parte delas discute-se como a mediação é utilizada para produção de consensos sociais. Ghiringhelli Azevedo chamou atenção que os JECrim’s, surgindo para desafogar o judiciário, acabaram por abrir as portas da justiça penal para uma conflitualidade antes abafada nas delegacias e para a qual o Estado é chamado a exercer papel de mediador, mais do que punitivo (BEAUBRUN JÚNIOR, Antônio Carlos. *Delegado Conciliador*. Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2017. p. 18). Muito interessante registrar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.028/2011, que visa alterar a forma de conciliação nos Juizados Especiais Criminais, inserindo a autoridade policial como conciliador dos conflitos estabelecidos (o projeto pode ser acompanhado no endereço: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498383>.)

²⁷⁴ Os demais servidores do sistema (os policiais em sentido geral) são agentes da autoridade. A título de exemplo, o Estatuto da Polícia Civil do Paraná. CAPÍTULO III - DAS AUTORIDADES POLICIAIS, SEUS AGENTES E AUXILIARES. Art. 8º. São autoridades policiais: I - o Delegado Geral da Polícia Civil; II - os Delegados de Polícia. Art. 9º. São agentes da autoridade policial: I - os Comissários de Polícia (em extinção); II - os Investigadores de Polícia; III - os Agentes em Operações Policiais. Art. 10. São Auxiliares da autoridade policial: I - os Escrivães de Polícia; II - os Papiloscopistas. Art. 11. Os agentes e auxiliares são subordinados diretamente às autoridades policiais perante as quais servirem, observado o disposto no § 3º., do art. 209. PARANÁ. *Lei Complementar n. 14, de 26 de maio de 1982*. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=7724>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

Estado [...], agindo por iniciativa própria, mercê de ordens e normas expedidas segundo sua discricção²⁷⁵.

A Polícia é um braço do Estado Democrático de Direito²⁷⁶, razão pela qual a autoridade policial age, *strito sensu*, em nome dele²⁷⁷, cabendo-lhe apreciar as infrações penais que lhes são apresentadas por seus agentes ou pela população, avaliando os fatos com base em seus conhecimentos jurídicos e em sua experiência profissional. À autoridade policial cabe, como função precípua, a presidência da instrução preliminar. Nesse sentido, confira-se a lição de Henrique Hoffmann:

O delegado de polícia é a autoridade responsável pela fase investigativa por meio da presidência exclusiva do inquérito policial, vocacionada a conduzir de maneira discricionária o procedimento policial (artigo 2º, parágrafo 1º da Lei nº 12.830/13). Como presidente exclusivo do inquérito policial, almeja descortinar a materialidade e autoria das infrações penais, determina o rumo das investigações de acordo com as

²⁷⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Conceito de autoridade policial*. Disponível em: <<https://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/>>. Acesso em: 26 out. 2015.

²⁷⁶ Não se pode esquecer que os movimentos sociais partem de um extremo a outro antes de encontrarem um ponto de equilíbrio. Em oposição ao regime autoritário que a antecedeu, a Constituição Federal de 1988, embora tenha atribuído à Polícia a função investigar, restringiu-lhe a força, sobretudo exigindo autorização judicial para diversas diligências policiais antes realizadas meramente pela ordem da autoridade policial.

²⁷⁷ A relevância do cargo é tal, que o STJ já teve oportunidade de impedir o acesso ao cargo de delegado de polícia a pessoa que meramente respondia a processo criminal, registrando que a autoridade policial age, *strictu sensu*, em nome do Estado, razão pela qual dela exige-se não apenas comprometimento à moralidade administrativa, mas também conduta proba. Confira-se: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATA DENUNCIADA PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO ATIVA. O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros precedentes no sentido de que o candidato indiciado em instrução preliminar ou condenado em sentença penal sem trânsito em julgado não pode ser eliminado do concurso público com base nessas circunstâncias. Essa jurisprudência pode justificar-se a respeito de cargos públicos de menor envergadura, v.g., o de agente penitenciário, precisamente a situação examinada no precedente de que trata o RMS 32.657, RO, relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe, 14.10.2010). Outra, no entanto, deve ser a solução quando se cuida daqueles cargos públicos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, incluído nesse rol o cargo de Delegado de Polícia. O acesso ao Cargo de Delegado de Polícia de alguém que responde ação penal pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa compromete uma das mais importantes instituições do Estado, e não pode ser tolerado. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 43.172/MT. Primeira Turma. Rel: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24665311/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-43172-mt-2013-0208831-5-stj/inteiro-teor-24665312?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 fev. 2018.)

peculiaridades do caso concreto, segundo seu livre convencimento técnico jurídico e com imparcialidade²⁷⁸.

A Polícia é uma instituição democrática na medida em que a sua atuação fortalece as bases do Estado Democrático de Direito. Tratando do Poder Judiciário, mas em lição que pode perfeitamente ser transposta para a Polícia, Zaffaroni esclarece:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular [...] Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade.²⁷⁹

A autoridade policial, no sistema brasileiro, tem posição, poderes e atribuições que não são semelhantes aos de nenhum outro chefe das polícias estrangeiras. Em grande parte, as peculiaridades do nosso sistema se devem à origem histórica do cargo. Daí a conveniência de conhecer os caminhos que nos trouxeram ao atual perfil da autoridade policial.

Remontaremos a Roma, no último século a.C., onde vivenciou-se um caos político e social que implicou uma situação de grave violência. Com vistas a não desfalcar seus exércitos, a potência criou um grupamento policial para especificamente enfrentar o problema urbano, sendo essa a primeira polícia de que se tem conhecimento histórico incontroverso²⁸⁰.

Com a decadência do Império Romano, seu território foi partilhado em um sem número de reinos e cada governante implementou, em seus domínios, algum tipo de policiamento. A tendência, à época, não era a constituição de organismos policiais, mas sim a delegação de poderes, pelo Rei, a certas pessoas que seriam responsáveis pela segurança interna. Suas funções eram um misto entre as de um oficial de polícia e a de um juiz²⁸¹.

²⁷⁸ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 49.

²⁷⁹ ZAFFARONI, 1995 apud CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 49.

²⁸⁰ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 32.

²⁸¹ Sobre todo esse histórico, conferir ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 32-76.

No século XIII, Luiz IX criou na França o embrião da Polícia como a conhecemos hoje: profissional, organizada e paga pelo Estado²⁸². A Polícia parisiense era dirigida por um superintendente, o preboste.

O prebostado, que já havia sido criado em 1032 por Henrique I, era uma magistratura com jurisdição sobre todo o viscondado de Paris encarregada de inúmeras funções governamentais, entre elas as funções de juiz, chefe militar e chefe de polícia. A reforma de Luiz IX apenas reforçou essa instituição que passou a dirigir a polícia e julgar os processos criminais²⁸³, razão pela qual, leis de 1546 e 1583 passaram a exigir que o preboste fosse selecionado mediante exame de conhecimentos, demandando bons antecedentes cívicos e morais, além da licenciatura pela faculdade de jurisprudência²⁸⁴.

Esse processo culminou na criação da primeira Polícia judiciária de que se tem notícia pela Lei de 3 do Brumário do ano IV (25 de outubro de 1795). A Polícia francesa passou a ser bipartida, no sentido de se dedicar à manutenção da ordem (Polícia administrativa) e à investigação dos delitos (Polícia judiciária), um modelo bastante similar ao que se vê hoje em nosso ordenamento. Veja-se o conteúdo dos artigos 19 e 20 da Lei referida:

A polícia é administrativa ou judiciária. A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende principalmente a prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pode evitar que fossem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos pela lei de puni-los²⁸⁵.

²⁸² O marco divisório entre as polícias primitivas e as polícias modernas é a profissionalização, que somente pode ser vista, efetivamente, em 1829 com a fundação da Polícia Metropolitana de Londres (MET). Já em 1863, a MET passou a contar com um departamento de investigações criminais.

²⁸³ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. Nota nº 36, na p.38, fazendo referência às lições de Marcel Lê Clère.

²⁸⁴ Também na Inglaterra, desde o início do século XVIII, exigia-se do Chefe de Polícia diploma do curso de Direito.

²⁸⁵ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 45-46.

Assim, na França pós-revolucionária, nasceu a Polícia judiciária como instituição voltada à investigação dos crimes para os submeter ao Judiciário, promovendo e protegendo direitos fundamentais²⁸⁶.

Em terras brasileiras, desde o período colonial já existia um esboço de Polícia. Ela surgiu em 10 de maio de 1808, quando, por alvará de Dom João VI, foi criada a Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil. Ela era dirigida por um Desembargador que era representado, em cada província, por um Delegado de Polícia. Posteriormente, cada distrito foi agraciado com um comissário de Polícia.

A despeito da Independência do Brasil, esse sistema se manteve até 1832, quando, com a promulgação do Código de Processo Criminal, criou-se a figura do Chefe de Polícia, que era necessariamente um magistrado.

Em 1841, a Lei nº 261 estabeleceu que, à livre escolha do Imperador, ocorreria a nomeação de um Chefe de Polícia na Corte e em cada uma das Províncias. Os Chefes de Polícia seriam Desembargadores ou Juizes de Direito, que nomeariam, para seu auxílio, Delegados de Polícia entre os Juizes de Direito ou cidadãos exemplares. A norma distinguiu as funções de Polícia administrativa e de Polícia judiciária, aquela atuando preventivamente e esta de forma repressiva na busca de elementos que pudessem identificar a autoria e a materialidade delitiva²⁸⁷.

Além disso, a essa Polícia judiciária também competiam funções tipicamente jurisdicionais²⁸⁸, isto é, o julgamento dos denominados crimes de polícia. Nesse sentido, o sociólogo Luciano Oliveira esclarece:

O Código Criminal do Império, de 1830, atribuía explicitamente à polícia competência judicial sobre alguns pequenos delitos de natureza pessoal, que eram capitulados sob a designação de “crimes policiais”. [...] Frente a sua ocorrência, cabia ao

²⁸⁶ De onde resulta, em grande parte, sua importância no Estado Democrático de Direito.

²⁸⁷ É o sistema que até hoje vige entre nós, com as Polícias Militares atuando como polícia administrativa e as Polícias Cíveis e Federal atuando como polícia judiciária, o que fazem pela instauração de investigações criminais presididas pela autoridade policial, o delegado ou a delegada de polícia. BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

²⁸⁸ Autoriza os Chefes de Polícia a julgar alguns crimes. BRASIL. *Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

delegado, após a realização de sumarríssimo processo, obrigar o ofensor a assinar um “Termo de Bem Viver” ou ainda um “Termo de Segurança”, conforme o caso²⁸⁹

Idêntica é a lição de José Pedro Zacariotto a respeito desse período:

À polícia judiciária de então, quase sempre exercida por Magistrados togados, competia mais que a apuração das infrações penais (função criminal), cabendo-lhe também o processo e o julgamento dos chamados “crimes de Polícia” (função correicional)²⁹⁰.

Toda essa narrativa, além de seu incontestável valor histórico, visa a demonstrar como se confundiam, originalmente, as funções da autoridade policial e da autoridade judiciária. José Frederico Marques chama atenção para essa confusão de funções policiais e judiciais:

O período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolou o país em 1830 e 1840 provou a reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera da organização judiciária e policial. [...] Daí a promulgação da lei de 3 de dezembro de 1841 e seu reg. 120, de 31 de janeiro de 1842, - com instrumentos e meios para o Governo Imperial debelar a desordem e impor a autoridade em todos os quadrantes da nação. [...] A reação contra o judicialismo policial dos liberais de 1832, com as funções policiais entregues a juizes de paz eletivos, foi certamente excessiva com a inversão operada – o policialismo judiciário, confiadas às autoridades policiais, funções nitidamente judiciárias²⁹¹.

Apenas em 1871, com a Lei nº 2.033 e seu Regulamento nº 4.824, é que se cindiram as funções judiciais e policiais. Os Chefes de Polícia deixaram de ser exclusivamente Desembargares ou Juizes de Direito, mas continuou-se deles exigindo formação em Direito. Apenas neste momento as autoridades policiais passaram a não mais julgar crimes ou contravenções, limitando-se à condução dos procedimentos de instrução preliminar.

Antônio Carlos Beaubrun Júnior transcreve em sua obra observações de Roberto Kant de Lima, que considera a autoridade policial ainda nos dias de hoje um delegatário do Poder Judiciário. Confira-se:

²⁸⁹ OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 47.

²⁹⁰ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 60-61.

²⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 1. p. 101-102.

Na expressão exemplar de um Delegado de Polícia, o inquérito policial é um procedimento do Estado contra tudo e contra todos, para apurar a “verdade dos fatos”. Assim, o inquérito policial é um procedimento no qual quem detém a iniciativa é um Estado imaginário, todo poderoso, onipresente e onisciente, sempre em sua busca incansável pela verdade, representado pela autoridade policial que, embora sendo um funcionário do Executivo, tem uma delegação do Judiciário e a ele está subordinado quando da realização das investigações²⁹².

Para além de sua origem desmembrada da autoridade judiciária²⁹³, a figura da autoridade policial é peculiar em nosso ordenamento também pelo enquadramento que se lhe pode dar pelo estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente pela compreensão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como pontuado no primeiro Capítulo, o Estado dessas primeiras décadas do século XXI caracteriza-se por ser, simultaneamente, democrático, internacional e constitucional de Direito. Nele se mantêm os mesmos modelos axiológicos do direito positivo, mas com novo conteúdo. Como ensina Nina Ranieri:

No campo do Direito, a consequência mais notável desses processos foi a intrusão, no território nacional, de normas internacionais em áreas antes reservadas à competência exclusiva dos governos nacionais, como resultado da adoção mundial de fundamentos axiológicos comuns, pautados por valores de respeito aos direitos humanos, solidariedade e integração. Assim sendo, o sujeito de direito não é mais o membro isolado de uma comunidade, mas o de uma universalidade plural, caracterizada pela liberdade como igualdade de direitos civis, econômicos, sociais e políticos, a ser exercida em governos democráticos, ainda que não se possa identificar a afirmação de uma ordem jurídica mundial única, cosmopolita.²⁹⁴

De fato, a noção de que a soberania pressupõe única e exclusivamente submissão ao ordenamento jurídico pátrio não mais se sustenta. As questões que surgiram após as atrocidades da II Grande Guerra levaram a uma nova forma de pensar os Direitos Humanos, agora

²⁹² AMORIN; LIMA; BURGOS, 2003. apud BEAUBRUN JÚNIOR, Antônio Carlos. *Delegado Conciliador*. Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2017. p. 34.

²⁹³ A polícia judiciária é uma segunda divisão do juiz inquisidor. A primeira foi a criação do acusador.

²⁹⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 60-61.

considerados universais e passíveis de proteção por um sistema normativo supranacional.

Nessa ordem de ideias, o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, assumiu o compromisso internacional de proteger e efetivar os Direitos Humanos. Assim, internalizou-os sob a denominação de Direitos Fundamentais, mas, além disso, subscreveu, em 1992, o Pacto de San José da Costa Rica e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Federal seguiu a tendência internacional de dar *status* constitucional aos Tratados e Convenções Internacionais que versem Direitos Humanos e passou a se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Incluíram-se, no texto do art. 5º da Constituição Federal, as seguintes disposições:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Comentando essas adições ao texto constitucional, Alexandre de Moraes ponderou que a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a vislumbrar *status* supralegal para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, também teve papel relevante nesse processo de internacionalização dos direitos²⁹⁵. Confirmam-se as suas observações:

Importante destacar, também, que, além do surgimento desse novo instrumento [a possibilidade de os tratados e as convenções de direitos humanos serem recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais], a evolução na ampla proteção e garantia de efetividade dos direitos humanos foi

²⁹⁵ Vale registrar que parte da doutrina defende que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós, em decorrência do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, têm nível de norma constitucional, independentemente de terem sido internalizados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Nesse sentido, além da clássica lição de Flávia Piovesan. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

reforçada pela alteração de posicionamento jurídico do Supremo Tribunal Federal, que passou a proclamar o 'status da supralegalidade' dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC nº 45/04, dando-lhes prevalência sobre o ordenamento jurídico pátrio, pois como definido pelo STF, "o 'status' normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão" (RE 349703).

Essa alteração de posicionamento permitiu ao Supremo Tribunal Federal garantir verdadeira evolução na proteção dos direitos humanos fundamentais, com a elevação de importância de diplomas internacionais concretizadores de plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais internacionais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos em face de todos os Estados Soberanos^{296/297}.

Ao se tornar signatário de um Pacto Internacional de Direitos Humanos, um Estado se compromete a adequar a sua legislação às previsões normativas internacionais. É, pois, legítimo afirmar que o Estado Democrático de Direito fundado na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 deve não apenas respeito a ela, Constituição Federal, mas também aos Tratados que ele, Estado brasileiro, subscrever. No momento constitucional em que nos encontramos, Estado de Direito é aquele que se submete ao direito nacional e ao direito internacional²⁹⁸.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser estudada tanto quanto a do Supremo Tribunal Federal para a compreensão adequada da legislação infraconstitucional que, como a penal e a processual penal, implique restrição aos Direitos Fundamentais da pessoa. Isso porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a intérprete última da Convenção

²⁹⁶ Por supralegalidade, entenda-se: valem mais do que a lei e menos do que a Constituição. A lei que contrariar as disposições de um tratado será vigente, mas inválida. É o que se deu, por exemplo, na hipótese da prisão civil do depositário infiel, que ensejou a Súmula Vinculante nº 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito) porque foram derogadas, do ordenamento interno, todas as normas que permitiam tal prisão em razão de sua incompatibilidade com o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Nesse sentido, STF, HC nº 87.585/TO e RE nº 466.343/SP).

²⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

²⁹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 215.

Americana de Direitos Humanos à qual o Brasil aderiu²⁹⁹ e sua jurisprudência é vinculante aos Estados submetidos à sua jurisdição³⁰⁰. Conforme esclarece Valério Mazzuoli: “Se para o Estado em causa a decisão da Corte de San José vale como ‘res judicata’, para Estados terceiros tem valor de ‘res interpretata’, vinculando a interpretação jurídica do comando convencional a juízes e tribunais locais”.³⁰¹

Assim, a persecução penal constitucional não se pode apartar de diretrizes globais, cotejando, para sua compreensão, as normas internas, os documentos internacionais e a jurisprudência das Cortes Internacionais³⁰². Como pontuou o Ministro Fachin em recente Conferência³⁰³, é preciso reconhecer o valor constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, pois tal reconhecimento serviria para “construir uma ponte para que o conjunto de precedentes insulares se torne jurisprudência, com a estabilidade e a previsibilidade necessárias”.

As normas internacionais de Direitos Humanos se referem com frequência a ‘autoridade judicial’ ou ‘outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais’. Veja, nesse sentido, o Artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica):

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais** e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

³⁰⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40.

³⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 42.

³⁰² ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013. p. 81

³⁰³ VASCONCELLOS, Marcos de. *É hora de reconhecer valor constitucional de tratados de direitos humanos, diz Fachin*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/fachin-hora-reconhecer-valor-tratados-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (grifo nosso)³⁰⁴

Parece claro que a intenção das normas internacionais é que o suposto autor de crimes seja levado à presença de uma autoridade que detenha conhecimentos jurídicos, de forma a poder decidir a respeito da legitimidade da privação de liberdade ou, se for o caso, garantir os direitos dessa pessoa de ser presumida inocente e, conseqüentemente, participar da instrução processual em liberdade³⁰⁵. Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de se manifestar nesse sentido quando apreciou o caso *Vélez Loor vs. Panamá*³⁰⁶. Confira-se:

108. Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.

No ordenamento jurídico brasileiro, considerando a inexistência de juizado de instrução, tal autoridade é o delegado ou a delegada de Polícia³⁰⁷. Nesse sentido, confira-se a lição de Ruchester Marreiros Barbosa:

Associado aos textos internacionais há ainda a análise sobre questões relacionadas a esses temas e a essas expressões,

³⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

³⁰⁵ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017.

³⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*: sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

³⁰⁷ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017. p. 184.

que repercutem diretamente no sentido que deve ser preconizado no Brasil, já que a interpretação que se deve realizar é de obediência ao sentido definido pelo sistema interamericano de Direitos Humanos no Direito interno e não uma interpretação nacionalizante do sistema à luz do Direito interno, sob pena de se criar uma hermenêutica doméstica sobre os tratados e convenções internacionais, o que não é possível, diante da própria sistemática da universalização dos Direitos Humanos. Diante deste confronto entre as normas internas e as de direito internacional, **destacamos o estudo da função materialmente judicial que o Delegado de Polícia possui em razão das tomadas de decisões que o sistema constitucional lhe impõe, como de decisões sobre a intimidade, defesa e a própria detenção em flagrante, com verdadeira ordem de detenção provisória, perfeitamente compatível com o ordenamento internacional de direitos humanos, porém, com uma releitura do Código de Processo Penal e da Constituição da República à luz dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, bem como a rede de decisões, relatórios e opiniões consultivas que delimitam a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.**³⁰⁸ (grifo nosso)

De outra obra do autor é possível ainda colher a seguinte lição:

O delegado de polícia é o primeiro jurista [...] a atribuir juridicamente os efeitos pretendidos pela norma ao ter acesso ao fato criminoso, ou seja, é o primeiro juiz do caso concreto ou 'outra autoridade autorizada por lei a exercer função judicial', tendo a atribuição de analisar juridicamente os fatos ocorridos, aplicando a lei ao caso concreto, ainda que em juízo de cognição sumária, o que leva a doutrina a identificar uma função essencial à justiça, como garantia implícita na Constituição³⁰⁹.

Pelos termos das normas internacionais e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos³¹⁰, é possível afirmar que o poder de dizer o Direito não é restrito ao Poder Judiciário. Em outras palavras: a função materialmente judicial não é prerrogativa do Estado-juiz. No que interessa a este estudo, à autoridade policial também foi deferido o poder de dizer o Direito e de restringir direitos.

Nosso sistema constitucional prevê situações em que as restrições de direitos dos cidadãos e das cidadãs apenas podem se verificar mediante

³⁰⁸ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delicto. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017.

³⁰⁹ RUCHESTER apud HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. P. 64

³¹⁰ Cujas jurisprudência, mesmo que interpretativa, nos vincula, lembre-se.

ordem judicial, no que se denomina reserva de jurisdição (neste caso, absoluta). A título de exemplo, a Constituição Federal apenas admite a interceptação telefônica quando autorizada pelo Poder Judiciário. Confira-se:

Art. 5º

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, **por ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (grifo nosso).

Em casos como tais, o Estado-juiz tem monopólio da primeira palavra em relação à matéria.

Outras situações hão em que a restrição de direitos pode se dar por determinação de outras autoridades que não a judicial, sempre com a possibilidade (ou necessidade em algumas circunstâncias) de o ato ser submetido a controle perante o Poder Judiciário. Fala-se aqui em reserva relativa de jurisdição, hipótese em que o Estado-juiz tem o monopólio da última palavra a respeito de determinado assunto, na medida em que, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição³¹¹, todos os atos estatais submetem-se a controle judicial³¹².

Sobre o tema, já discorreu Ruchester Marreiros Barbosa:

A Constituição da República e por intermédio das normas infraconstitucionais adotou um sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição, ou seja, na investigação criminal haverá medidas de natureza investigatória que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-juiz, hipótese de reserva absoluta

³¹¹ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

³¹² Nos seus comentários à Constituição Federal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery enumeram e discorrem acerca dos requisitos autorizadores da restrição de direitos fundamentais, um deles sendo a possibilidade de controle do ato restritivo pelo Poder Judiciário. Confirmam-se as suas lições: “o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário, em razão dos fundamentos principais. Primeiro porque nessa matéria inexistem discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelo Judiciário; segundo, porque, em última instância, é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in)constitucionalidade do citado ato; qualquer restrição a esse direito configurará flagrante violação ao disposto na CF 5º XXXV”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 217.

[monopólio da primeira palavra], e outras medidas decididas pelo Estado-investigador, hipótese de reserva relativa [monopólio da última palavra], que passa por um controle posterior ao Estado-juiz³¹³.

Em se tratando de crimes comuns, a ordem de prisão encontra-se na reserva de jurisdição, exceto no que tange à situação flagrancial. Confirmam-se os termos da norma constitucional:

Art. 5º.

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Em se verificando hipótese de flagrante delito, caberá à autoridade policial deliberar sobre o encarceramento do flagrantado, submetendo a sua decisão à autoridade judiciária. Trata-se, a toda evidência, de hipótese de reserva relativa de jurisdição, tendo a legislação infraconstitucional deferido unicamente ao delegado ou à delegada de Polícia a atribuição de ordenar a detenção³¹⁴.

Aliás, em sua atividade, a autoridade policial se deparará com diversas situações em que sua atuação não depende de autorização judicial prévia, havendo apenas a reserva relativa de jurisdição, ou seja, ao Judiciário é dado ter a última palavra, mas nem sempre a primeira (o que constituiria reserva absoluta de jurisdição). Vale aqui registrar novamente a hipótese de prisão em flagrante (artigo 304 do CPP) e a concessão de liberdade provisória com fiança (artigo 322 do CPP) como hipóteses de reserva relativa de jurisdição³¹⁵.

³¹³ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017. p. 168.

³¹⁴ Reitere-se que captura e detenção não se confundem. A captura pode ser realizada por qualquer pessoa do povo ou pelos agentes da autoridade policial, mas a detenção apenas pode por ela, autoridade, ser determinada, e, ainda assim, mediante a chancela do Poder Judiciário a quem o encarceramento deve ser comunicado em até vinte e quatro horas.

³¹⁵ Nas seguintes hipóteses também haverá apenas reserva relativa de jurisdição: (a) apreensão de bens (artigo 6º, II do CPP); (b) requisição de perícias, objetos e documentos (artigo 6º, VII do CPP e artigo 2º, §2º da Lei 12.830/13); (c) requisição de dados cadastrais (artigo 15 da Lei 12.850/13, artigo 17-B da Lei 9.613/98, artigo 10, §3º da Lei 12.965/14 e artigo 13-A do CPP); (d) requisição de dados telefônicos de localização (ERBs) após decurso de 12 horas sem decisão judicial (artigo 13-B do CPP); (e) busca pessoal (artigo 240, §2º do CPP); (f) condução coercitiva (artigo 201, §1º, 218, 260 e 278 do CPP); (g) ação controlada no crime organizado (artigo 8º, §1º da Lei 12.850/13), terrorismo (artigo 16 da Lei

Importante registrar que na reserva relativa de jurisdição nada impede a ampliação dos poderes da autoridade estatal que, em última instância, estará sempre subordinada a controle jurisdicional. Assim, contanto que respeitadas as hipóteses constitucionais de reserva absoluta de jurisdição, o ordenamento pode ampliar as hipóteses de atuação cautelar da autoridade policial³¹⁶.

A sistemática brasileira coaduna-se às normas do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, cujo Princípio 4 estabelece:

As formas de detenção ou prisão e as medidas que afetem os direitos do homem, da pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão devem ser decididas por uma **autoridade judiciária ou outra autoridade**, ou estar sujeitas a sua efetiva fiscalização (grifo nosso).

Como a liberdade é a regra do nosso sistema³¹⁷, a Constituição Federal não a inseriu entre as hipóteses de reserva de jurisdição. A prisão insere-se na reserva absoluta de jurisdição, mas a liberdade não, de modo que, segundo as normas internas e internacionais de direitos humanos, nada impede que a autoridade policial a conceda, ainda que presentes as hipóteses

13.260/16) e tráfico de pessoas (artigo 9º da Lei 13.344/16); (h) aceite de colaboração de detetive particular (artigo 5º, parágrafo único da Lei 13.432/17); e, (i) afastamento de servidor público mediante indiciamento por crime de lavagem de capitais (artigo 17-D da Lei 9.613/98).

³¹⁶ A possibilidade de arbitramento de fiança pela autoridade policial é uma hipótese em que o ordenamento jurídico admitiu a concessão da liberdade por autoridade outra que não a judicial. BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

³¹⁷ Nesse sentido, confira-se a doutrina constitucional de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery: “O direito à liberdade é relativo à qualidade do ser humano enquanto sujeito de direito. Portanto, a regra geral do sistema constitucional brasileiro quanto à prisão, em razão do direito de todos à liberdade, é a de que ninguém deverá ser preso (CF 5º LXI), a não ser nas exceções estritas previstas na CF. [...] A liberdade é a regra; a prisão é a exceção. Em favor do cidadão, há a presunção ‘iuris tantum’ de inocência (CF 5º LVII). Por isso é que a prisão cautelar, provisória (L 7960/89) ou preventiva (CPP 312 a 316) somente pode ser autorizada em situações excepcionais, mediante decisão judicial de fundamentação estrita e objetiva, com individualização (CF 93 IX). A prisão cautelar é a mais grave ingerência na liberdade individual, mas indispensável, em certos casos, para uma administração eficiente da justiça penal” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 239.

flagranciais³¹⁸. Nos termos do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a autoridade judiciária e outra autoridade deverão ter poderes para apreciar a necessidade de manutenção da detenção (Princípio 10.3).

É lícito, pois, afirmar que, em nosso ordenamento, a autoridade policial detém função materialmente judicial cujo norte deve ser o respeito pelo conjunto de garantias penais e processuais assegurado pela Constituição Federal e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O delegado e a delegada de Polícia devem, assim, se guiar por um processo penal adequado à Constituição Federal (constitucional) e às normas de Direito Internacional de Direitos Humanos (convencional), atuando, nas palavras do Ministro Celso de Mello, como “o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”³¹⁹, em constante respeito ao metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

A autoridade policial deve conformar a sua atuação segundo a ciência de que a Polícia, no Estado Democrático de Direito, é instrumento de defesa e de promoção da dignidade da pessoa humana³²⁰. Não obstante, como advertem Renato Sérgio de Lima e Liana de Paula, “um dos grandes gargalos para a plena garantia dos direitos humanos no Brasil [é] a resistência dos policiais em implementar essa garantia em suas práticas cotidianas”³²¹. Fiona Macaulay narra que “uma pesquisa de atitude realizada com agentes penitenciários do Rio de Janeiro revelou que eles ficam ressentidos e resistem

³¹⁸ Nesse sentido: “Na investigação [...], existem atos ou medidas de caráter cautelar, principalmente quando o instituto é da liberdade, notadamente, por força constitucional, art. 5º, LXVI, [...] caindo por terra argumentações de que medida cautelar somente existiria se provindas do judiciário. Partindo-se de uma leitura constitucional, na qual se admite ampliação de direitos e garantias por uma ordem internacional, [...] necessário difundirmos o reconhecimento expresso sobre a legitimidade de órgãos não jurisdicionais à plena possibilidade do exercício da função igualmente jurídica típica da magistratura ou também denominada de ‘materialmente judicial’”. RUCHESTER apud HOFFMANN, Henrique; HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p.60.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.548*. Plenário. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 4 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

³²⁰ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p. 11.

³²¹ LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 10.

ao termo 'direitos humanos', percebendo que ele protege os presos a suas custas"³²²

A reversão dessa visão equivocada pressupõe que as autoridades policiais tenham formação humanística. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo aponta para essa deficiência dos cursos de formação, que mais fazem repercutir a cultura policial vigente (nem sempre conectada com o primado do Estado Democrático de Direito), do que inculcar nos novos profissionais o anseio pelo respeito aos direitos fundamentais. São suas lições:

Em geral, os estudos apontam que muitas vezes os cursos de formação exercem um papel mais formal do que efetivo para a orientação das práticas policiais, cuja atividade profissional em si é aprendida no dia a dia do trabalho e no contato com os policiais mais experientes.

Esse aprendizado que ocorre no dia a dia do trabalho policial configura-se numa cultura muito própria e numa forma de agir peculiar dos membros dessas instituições. É a chamada cultura policial ou "ethos policial"³²³.

Atenta à necessidade de conformação da atividade policial ao metaprincípio da dignidade da pessoa humana, a Federação Nacional dos Delegados de Polícia elaborou um Plano Nacional de Defesa Social e Aperfeiçoamento da Democracia no qual foi previsto o chamado Pacto pela Moralidade, Legalidade e Cidadania. Dele consta claramente que uma das funções do delegado ou da delegada de Polícia é zelar pelo respeito dos Direitos Fundamentais da pessoa detida, havendo menção expressa à necessidade de enfrentamento das "arbitrariedades na vigilância e guarda de indivíduos submetidos à autoridade do agente público"³²⁴.

A autoridade policial deve, pois, ser formada num contexto democrático e de direito, tornando-a apta a reproduzir os primados da Constituição Federal, enaltecendo sua função de garantidora dos Direitos

³²² MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 21.

³²³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 656.

³²⁴ FENDEPOL. *Plano Nacional de Defesa Social e Aperfeiçoamento da Democracia*. Disponível em: <<http://fendepol.com/documentos/cartilha-pacto-moralidade.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Humanos. Cabe ao delegado ou à delegada de Polícia atuarem, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, como “o primeiro juiz do fato”³²⁵.

A atuação da autoridade deve ser apartada de qualquer critério de subjetividade, em rígida aplicação não necessariamente do texto da lei nua e crua, mas do ordenamento jurídico, isto é, a norma válida constitucional e convencionalmente. O delegado ou a delegada de polícia devem ter absoluto compromisso com a reconstrução dos fatos³²⁶, sem pender para a defesa ou para a acusação³²⁷. Isso porque cabe-lhe presidir a instrução preliminar com imparcialidade e com fundamento em seus conhecimentos técnico-jurídicos, analisando juridicamente os fatos e suas circunstâncias.³²⁸

O legislador, quando reconheceu que o delegado e a delegada de Polícia realizam análise jurídica do fato e suas circunstâncias (art. 2º, *caput* e §1º da Lei nº 12.830/13), atribuiu-lhes função de hermeneuta das circunstâncias fáticas dos atos supostamente delituosos, com o propósito de fornecer-lhes contornos jurídicos³²⁹ e devido tratamento democrático. Como já pontuado neste estudo, nosso sistema processual traz em si a contradição de seu caráter evidentemente autoritário, embora embasado em uma Constituição democrática, o que leva à inadequada afirmação de que nosso sistema seria misto. A autoridade policial precisa ser dotada de saberes críticos para minimizar, na aplicação diária das normas, essa antinomia, compatibilizando a legislação infraconstitucional aos ditames da Constituição Federal.

É de fundamental relevância, no sentido de legitimação da aplicação do Direito, que toda e qualquer norma sofra uma oxigenação constitucional³³⁰ antes de incidir ao caso concreto, aferindo-se, assim, sua conformidade formal

³²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

³²⁶ Relembrando que o processo penal é uma tentativa de reconstrução dos fatos, “é atividade marcadamente recognitiva, de acerto de significantes” ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013.

³²⁷ Num Estado Democrático de Direito, interessa à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também que nenhum inocente seja punido.

³²⁸ BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

³²⁹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017. p. 181.

³³⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003. p.38.

e material aos direitos fundamentais. A autoridade policial não se pode furtar ao alerta de Alexandre Morais da Rosa:

É dever primevo dos atores jurídicos a compreensão adequada da Constituição Federal, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos Direitos Fundamentais. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos Constitucionais relativos aos Direitos Fundamentais, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais³³¹.

Esse olhar também deve ser lançado sobre as normas internacionais de Direitos Humanos. O controle difuso³³² da constitucionalidade e da convencionalidade das normas não é apanágio da magistratura. As autoridades policiais devem rechaçar normas e práticas desvinculadas da proteção dos direitos fundamentais.

Ao se sujeitarem apenas a normas materialmente constitucionais, o delegado ou a delegada de polícia atuam como mecanismos de resistência constitucional desde o ponto de vista interno do Direito.

Um outro saber crítico essencial para a autoridade policial é o campo das criminologias. O delegado e a delegada de polícia têm papel relevante no sistema penal, sendo fundamental que atuem com vistas à redução dos danos causados pelas violências privadas (delitos) e públicas (abusos na persecução penal)³³³.

A autoridade policial deve, assim, ter uma compreensão simpatética do seu papel, buscando minimizar o sofrimento de todos os atores do crime: investigado, testemunhas, vítimas, familiares.

³³¹ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003. p.38.

³³² Alexandre Morais da Rosa esclarece que “O controle difuso de constitucionalidade [...] ganha proeminência, posto que o sistema brasileiro possibilita o controle incidental e difuso. [...] Sem instrumentos eficazes, que possibilitem a aplicação (efetiva) do controle de constitucionalidade difuso, o Estado Democrático de Direito não se legitima, mormente no Brasil, onde as promessas da modernidade não se realiza(ra)m”. ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003. p. 99.

³³³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74.

Sua atuação deve ser imparcial. A imparcialidade atrai certo grau de objetividade, no sentido de que se evitam situações em que as hipóteses se sobrepõem aos fatos, levando o investigador a buscar mecanismos de transmutar o seu imaginário em realidade, tropeçando no que vem sendo chamado de quadros mentais paranoicos³³⁴ ou efeito primazia³³⁵

É sobre a base da imparcialidade que se estrutura um processo penal constitucional e democrático³³⁶. O delegado e a delegada de Polícia devem atuar como garantidores dos direitos fundamentais do suspeito/investigado. Em lição relacionada ao Estado-juiz, mas que, guardadas as devidas proporções, deve ser aplicada também à autoridade policial, Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter defendem que o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, **mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito dos direitos fundamentais do sujeito passivo**³³⁷. (grifo nosso)

Considerando as premissas estabelecidas no Capítulo I, no sentido de que o Estado Democrático de Direito demanda que a persecução penal se dê em um sistema acusatório e garantista, não se pode conceber a ideia de a autoridade policial dirija sua atuação no sentido de favorecer a acusação³³⁸ ou

³³⁴ MACHADO, Felipe. Gestão da prova, a pedra de toque do processo penal acusatório. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.121.

³³⁵ Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter discorrem minuciosamente a respeito da dissonância cognitiva, esclarecendo a tendência natural do ser humano a um estado de coerência entre suas opiniões, crenças, atitudes e as informações e os dados a que tem acesso. A busca por esse estado de coerência é inconsciente e consiste em procurar seletivamente as informações e os dados que confirmem as opiniões, crenças, atitudes anteriormente existentes. O estado de incoerência gera desconforto, razão pela qual é mais provável que o ser humano apegue-se ao efeito primazia, isto é, que restrinja o contato com informações que contrariem a sua primeira impressão a respeito de um tema ou uma pessoa. LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, p. 16-23, ago./set. 2016. Ver também: PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 241-243.

³³⁶ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, p. 16-23, ago./set. 2016. p. 13.

³³⁷ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, p. 16-23, ago./set. 2016.

³³⁸ A instrução preliminar não é unidirecional, isto é, não se presta a angariar substrato mínimo para viabilizar a acusação (justa causa). NICOLITTI, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 201-202.

a defesa³³⁹. O delegado ou a delegada de Polícia atuam como um terceiro não interessado cuja pretensão é meramente apuratória. Não lhes é lícito ter interesses nos rumos da investigação. Deles se espera a capacidade de tratar isonomicamente todas as pessoas submetidas a sua autoridade³⁴⁰.

É essencial, nesse contexto, que a autoridade policial não se desapegue nem da norma³⁴¹ nem da ética³⁴². Alexandre Morais da Rosa, em lição que pode ser aqui aproveitada, adverte:

O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a capacidade de se obter vitórias processuais³⁴³.

Numa sociedade democrática, é de fundamental importância que as instituições sejam confiáveis aos olhos dos cidadãos e cidadãs. A Polícia não tem (legítima e institucionalmente) interesses outros que não a apuração dos fatos criminosos, suas circunstâncias, autoria e materialidade³⁴⁴, de modo que a autoridade policial do Estado Democrático de Direito deve ser vista pela

³³⁹ Nesse sentido, confira-se a lição de Henrique Hoffmann: “A apuração criminal deve ser dissociada de qualquer compromisso com as futuras partes: mais do que fornecer subsídios à eventual ação penal (função preparatória), tem a importante missão de garantir direitos fundamentais e evitar acusações levianas (função preservadora) [...]o delegado não possui qualquer vinculação com a acusação ou tampouco com a defesa”. HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 49-51.

³⁴⁰ Princípio da Impessoalidade. A situação descrita por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, que a seguir se transcreve, deve ser combatida pelos delegados e delegadas pela prática constante de vigilância de suas condutas. Veja-se: É prática comum na polícia civil que os policiais selecionem os crimes que devem ou não ser registrados. Situações envolvendo brigas de vizinho, conflito domésticos e outros delitos que são considerados ‘menores’, nem sempre são registrados. Especificamente no caso de delitos previstos pela Lei de Drogas (lei 11.243/2006), jovens apreendidos portando drogas podem ser tratados de forma diferenciada. Os que possuem nível de instrução e status social mais elevado tendem a ser tratados como usuários e os de classe mais baixa tendem a ser enquadrados como traficantes. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 662.

³⁴¹ Princípio da Legalidade.

³⁴² A autoridade policial deve ter uma pauta ética rígida, pois exerce poder de limitar direitos fundamentais, em especial, a liberdade. Trata-se aqui do Princípio da Moralidade.

³⁴³ Evidentemente, há a necessidade constante de que a atuação investigativa seja sigilosa, até para viabilizar seus resultados. Essa constatação em nada é incompatível com a exigência de que a atuação policial seja ética. Há um abismo entre a possibilidade / necessidade de as operações e diligências serem mantidas em sigilo até atingirem o seu intento e a atuação sub-reptícia da autoridade que atua apartada da lei, sacrificando direitos fundamentais de modo desarrazoado e ilegítimo. ROSA, Alexandre Morais da. *Guias do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 359.

³⁴⁴ BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

população como um terceiro afastado e imparcial, estranho aos interesses punitivos e defensivos que se contrapõem no curso da persecução penal³⁴⁵.

É importante ter em mente também a advertência feita por Rubens Casara, no sentido de que “a relação entre “prisão” e “liberdade” revela uma manifestação de poder (e que a contenção do poder é o núcleo da dimensão política do Processo Penal)”³⁴⁶, de modo que o Estado, ao violar a lei e afrontar direitos fundamentais, perde sua “superioridade ética, [... e] acaba por se igualar ao criminoso”³⁴⁷, o que jamais pode ser admitido num Estado que se pretende democrático. Ao delegado ou à delegada de Polícia incumbe zelar por essa superioridade ética, tornando-se, assim, figuras relevantes na promoção da dignidade humana e, conseqüentemente, da justiça.

Como mecanismo de controle da atuação da autoridade policial, é relevante que todas as suas deliberações sejam fundamentadas. No Estado Democrático de Direito todo exercício de poder se submete a controle³⁴⁸

³⁴⁵ Cabe aqui uma longa digressão, no sentido de que a imparcialidade da autoridade policial seria favorecida se a Polícia judiciária detivesse autonomia. A Polícia, enquanto órgão detentor do monopólio do exercício da força do Estado, sempre estará subordinada a uma autoridade política, o que sempre gera insatisfações corporativistas. Dominique Monjardet aponta que “de maneira geral, as corporações policiais são rebeldes a essa subordinação ao político [e] em nome da competência profissional supostamente requerida, reivindicam que os empregos de autoridade direta sobre a força pública sejam ocupados por policiais” (MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 38.). O processo de redemocratização vivido no Brasil fortaleceu diversas instituições como forma de separar as funções de governo e de justiça criminal. Magistratura, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e Defensoria Pública receberam garantias e prerrogativas. Mas a Polícia Judiciária, não obstante o acento constitucional explícito de suas atribuições, não foi agraciada com inamovibilidade e autonomia institucional (BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017. p. 164). Considerando a relevância das funções exercidas pela autoridade policial, o sistema de persecução penal seria beneficiado caso lhe fossem conferidas essas prerrogativas. O próprio Ferrajoli aduz que a Polícia Judiciária deveria ser “separada rigidamente dos outros corpos de polícia e ditada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 617.

³⁴⁶ CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 17.

³⁴⁷ CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

³⁴⁸ CAMBRI, Eduardo. *Neoconstitucionalismos e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 330.

(controles interno, externo, judicial e popular), sobretudo as manifestações que tragam alguma repercussão sobre a liberdade do investigado³⁴⁹

Atente-se à lição do Ministro Luis Roberto Barroso a respeito do dever de adequadamente fundamentar todas as deliberações de autoridade:

No caso de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias as suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas.³⁵⁰

É interessante o perfil da autoridade policial, pois sua atividade demanda simultaneamente conhecimentos jurídicos e competências policiais. Por competências policiais compreenda-se um conjunto de atribuições pessoais particulares associadas à experiência. Dominique Monjardet aponta esse caráter dual das competências policiais:

A competência policial é produzida pelo encontro de certas qualidades pessoais do indivíduo e de um leque tão grande quanto possível de experiências. Ela é, assim, essencialmente subjetiva – ligada à pessoa e a seus traços de caráter próprios – e empírica, acumulada ao longo das ocorrências que igualmente constituem precedentes cuja avaliação (fracasso/êxito – tentativas/erros) permite a elaboração progressiva de um saber operacional eficaz. [...] As qualidades pessoais requeridas são em pequeno número e medem-se em

³⁴⁹ Nos seus comentários à Constituição Federal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery enumeram e discorrem acerca dos requisitos autorizadores da restrição de direitos fundamentais, um deles sendo a necessidade de fundamentação dos atos. Confirmam-se as suas lições: “Todo ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado. Tal assertiva encontra absoluto respaldo na CF 93 IX. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fático-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível” De fato, no Estado Democrático de Direito os atos estatais devem ser fundamentados, o que evita arbitrariedades e, em última instância, o uso abusivo do poder concedido aos agentes públicos. A fundamentação se revela, assim, como instrumento democrático. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 217.

³⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84.

termos de atitudes: sangue-frio, bom senso, iniciativa, julgamento, diplomacia são as principais [...] Em compensação, a experiência é contínua, acumulável ao infinito. [...] A competência é, assim, por um lado, dicotômica (ou se é ou não se é competente para ser policial e o tempo em si não conta muito³⁵¹) e, por outro, uma vez transposto o limiar mínimo, ela é suscetível de progredir ao infinito, e a idade/tempo de serviço combinada com a variedade das atribuições constituirá um bom critério disso³⁵².

A formação da autoridade policial deve, pois, considerar essas características. Os cursos de capacitação técnica devem ser insistentemente promovidos pelas Polícias, que também devem buscar o aprimoramento de seus delegados e delegadas pela atuação conjunta destes com outros mais experientes e com agentes da autoridade já inseridos na estrutura policial³⁵³. Até por isso, mas especialmente pelas peculiaridades do trabalho policial, é fundamental que a autoridade policial e seus agentes sejam aptos ao trabalho em equipe³⁵⁴. O delegado e a delegada de polícia, além de dirigirem a investigação criminal, têm que ser capazes de gerenciar a sua equipe, ou seja, devem ter também competências administrativas.

Outro aspecto extremamente relevante é a capacidade da autoridade policial de atuar em conjunto com os policiais militares. As polícias têm tradições e estruturas de tal modo distintas que sua atuação em conjunto é problemática³⁵⁵. Ocorre que, por força de norma constitucional, as funções das Polícias Militares e das Polícias Civas são diferentes, embora complementares. O trabalho de uma é inútil sem o trabalho da outra. Assim, o delegado ou a delegada de Polícia têm que ter sensibilidade para promover a integração dos policiais e ao fim e ao cabo, propiciar que a atuação das Polícias seja

³⁵¹ Daí os concursos preverem testes psicotécnicos na tentativa de identificar essas características e filtrar os candidatos com perfil policial.

³⁵² MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 123-124.

³⁵³ Não se pode aqui deixar de lamentar a rivalidade existente entre delegados e delegadas e agentes policiais em diversas polícias, sendo notória, sobretudo, a dicotomia existente na Polícia Federal. Ambas as carreiras são essenciais ao sistema investigatório e é fundamental que trabalhem com um fim comum. Sobretudo as autoridades policiais, até pela posição hierarquicamente superior que ocupam, devem ter humildade de reconhecer que a experiência é parte fundamental da expertise policial e que ela pode ser absorvida de subordinados que atuem como policiais há mais tempo.

³⁵⁴ MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 131.

³⁵⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 657.

concorrente e harmônica, sem nunca olvidar que, na lavratura do flagrante, sua atuação constituirá um filtro da legalidade da atuação da Polícia preventiva.

Ao fim e ao cabo, é essencial que a autoridade policial não se deixe contaminar por autoritarismos e que não seja conivente a perseguições disfarçadas de apuração criminal (seletividade penal). Isso porque, conforme Vera Malaguti Batista, a prisão é “uma máquina de infligir dor para certos comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de certa ordem social”³⁵⁶.

O delegado e a delegada de Polícia precisam ter isso em mente, e devem resistir à gana punitivista do sistema e da sociedade, que se coloca apartada “deles”, os delinquentes, e que quer vê-los extirpados da sociedade independentemente de quaisquer garantias ou da efetivação de um mínimo processo legal.

³⁵⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 91.

3 MECANISMOS À DISPOSIÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO IMEDIATO

Estabelecido no Capítulo anterior que à autoridade policial é dado, em certa medida, dizer o Direito no caso concreto, este Capítulo III se dedicará ao estudo do segundo elemento da hipótese de trabalho: o princípio da insignificância e as excludentes de antijuridicidade. Para tanto, faz-se necessária a compreensão, ainda que superficial, da teoria do crime.

Cumprido esclarecer que a hipótese parte da premissa de que o suposto autor foi apresentado à autoridade policial em efetivo estado de flagrância³⁵⁷. Na hipótese de o flagrante não se confirmar ou não ser legítimo, nem sequer se há de cogitar de mecanismos desencarceradores, sendo impositiva a não lavratura do flagrante, com imediata liberação da pessoa capturada e a instauração do inquérito policial por portaria.

Passemos à teoria do crime.

3.1 Noções compreensivas a respeito da Teoria do Crime

Os fatos jurídicos, que são aqueles acontecimentos que de forma direta ou indireta ocasionam efeitos jurídicos³⁵⁸, podem ser fatos naturais ou fatos humanos. Estes podem ser lícitos ou ilícitos. A ilicitude, que é uma relação de contrariedade entre uma determinada conduta e o ordenamento

³⁵⁷ Quando o suposto desviante é apresentado à autoridade policial, a primeira verificação que lhe compete é aquela relacionada à existência do estado de flagrância. Confirmam-se as lições de Alessandro Tadeo Haggi Andreotti: “Tem-se então, neste diapasão, como de maneira outra não poderia ser, que o flagrante expressa uma relação intrínseca de imediatidade entre o ato praticado pelo agente e o momento de sua prisão, trazendo assim, imediata resposta à prática delitiva, por intermédio da lavratura do competente Auto de Prisão em Flagrante Delito, onde cabe à Autoridade Policial decidir que medida tomar. Decidir, com poucos momentos de reflexão, à vista de um quadro que lhe é apresentado, se ocorreu um crime; em havendo ocorrido, se existe estado de flagrância; havendo este, se é afiançável ou não; em sendo afiançável, fixar-lhe o quantum e no final, determinar ou não a prisão de um semelhante, e consciente de todos os males que um cárcere poderá ocasionar, é tarefa de gigante.” ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. *Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delicto*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP, 2008. p. 82-83. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077090.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

³⁵⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 334.

jurídico³⁵⁹, pode se dar em diversos ramos do Direito, como esclarece Flávio Tartuce: “o ilícito pode ser penal, administrativo ou civil, havendo independência entre essas três esferas, o que pode ser percebido pela leitura da primeira parte do art. 935 do CC/2002 (a responsabilidade civil independe da criminal)”³⁶⁰.

O Direito Penal deve ser destinado apenas para os casos que ferem com maior gravidade o ordenamento jurídico, atuando como *ultima ratio*³⁶¹, como o soldado de reserva. O critério de distinção é político, no sentido de que o que hoje é ilícito civil pode passar a ser ilícito penal³⁶² e vice versa, como se deu com a descriminalização do adultério, por exemplo.

O Direito Penal atuará, assim, como última fase do controle social³⁶³, no que se denomina Princípio da Intervenção Mínima. Cuida-se de norma dirigida primeiramente ao legislador, mas que tem também grande relevância no âmbito da política criminal e da hermenêutica. Confirmam-se os ensinamentos de Eugênio Pacelli e André Callegari a respeito deste princípio:

Para nós, a intervenção mínima surge como a alternativa efetivamente acolhida pela ordem jurídica nacional para a configuração de seu Direito Penal, e, mais especificamente, no âmbito da hermenêutica penal. Constitui, sim, matéria de observância necessária no âmbito da política criminal, mas também instrumental apto e suficiente a exercer controle do excesso incriminador no interior dos tipos penais, ocupando papel relevante no campo da prática do direito, quando nada para diminuir o alcance da respectiva incidência (dos tipos), quando desconectada com o sistema geral de reprovações e de condutas proibidas. Em um Estado de Direito, o máximo que se concede em matéria penal é a intervenção mínima.

E, como desdobramento necessário da proibição do excesso, e diante de uma ausência – óbvia – de sua explicitação em texto

³⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 141.

³⁶⁰ O autor ainda esclarece que essa independência não é absoluta, pois há condutas que podem influir nessas três esferas. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 336. O autor ainda esclarece que essa independência não é absoluta, pois há condutas que podem influir nessas três esferas.

³⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

³⁶² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 141.

³⁶³ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 166.

positivo, entendemos o minimalismo penal também como pauta de interpretação³⁶⁴.

O princípio atua, assim, como um limitador do *ius puniendi*³⁶⁵, um limite que Paulo César Busato qualifica como “coerente com a lógica do Estado social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista”³⁶⁶. Não se pode esquecer que, como já mencionado neste trabalho, a sanção de natureza penal traz para o cidadão e a cidadã, desde o início da persecução penal, abalos a seu direito de liberdade e à sua própria dignidade. O sistema penal legitima a exclusão social³⁶⁷, devendo, pois, atuar com parcimônia.

Assim, espera-se do Estado Democrático de Direito que seu texto constitucional acolha a ideologia de que a intervenção penal deverá ser mínima³⁶⁸.

Como decorrência da subsidiariedade do Direito Penal, surge o princípio da fragmentariedade³⁶⁹. O ordenamento selecionará alguns bens jurídicos sobre os quais o sistema penal incidirá, vedando-se a previsão de sanção penal senão para as hipóteses em que houver lesão ou risco a esses bens jurídicos.

Por fim, ainda no âmbito da seleção, o legislador deverá observar as condutas que são consideradas socialmente adequadas. Sobre elas não poderá fazer incidir o direito penal³⁷⁰.

³⁶⁴ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

³⁶⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 47.

³⁶⁶ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 166.

³⁶⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

³⁶⁸ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Atlas, 2011. p. 194-210. p. 207.

³⁶⁹ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Atlas, 2011. p. 194-210. p. 199.

³⁷⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 61.

Dessarte, é adequado afirmar que o Direito Penal incidirá sobre apenas alguns bens jurídicos eleitos pelo ordenamento como relevantes, na medida em que deverá ser a última esfera do sistema a atuar no controle da sociedade. Sob essa perspectiva, formalmente, crime é aquela conduta humana que colida frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado³⁷¹.

Isso estabelecido, faz-se necessário analisar analiticamente o crime, para o que a doutrina o divide em elementos. Evidentemente, como alerta Rogério Greco, o crime é um todo unitário, mas a sua divisão em elementos fundantes atende à função prática de facilitar a averiguação da presença ou ausência do delito em cada caso³⁷². Esses elementos são o fato típico, a antijuridicidade e, para muitos autores, a culpabilidade, sendo que “cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte”³⁷³.

O fato típico se subdivide em quatro outros elementos: a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade.

O primeiro desses elementos, a conduta, tem abordagens diferentes conforme se adote a teoria clássica (também denominada causal e naturalista), ou a teoria finalista.

Para a teoria clássica, a conduta não é nada mais do que a produção de um resultado mediante o emprego de força física. O fato será considerado crime independentemente de seu autor ter desejado o resultado, bastando que exista entre a ação ou omissão e o resultado produzido um nexa natural de causa e efeito, em nada importando o dolo (elemento volitivo) ou a culpa (elemento normativo), que seriam objeto de pesquisa somente quando se fosse avaliar a culpabilidade do agente. O crime é o resultado da causação material de um resultado típico (modificação do mundo exterior), sem se levar em consideração a vontade consciente do autor³⁷⁴

³⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 142.

³⁷² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 137.

³⁷³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 137.

³⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 82.

Nesta linha, o crime, analiticamente considerado, é fato típico, antijurídico e culpável.

Para a teoria finalista, a ação e a vontade do agente não podem ser dissociadas. A conduta é um comportamento humano direcionado a uma finalidade específica, ou seja, é um comportamento que traz em si os elementos dolo ou culpa

Aqui há uma subdivisão no tocante ao conceito analítico de crime.

Para os finalistas bipartidos, crime é fato típico e antijurídico³⁷⁵, ao passo em que para os finalistas tripartidos crime é fato típico, antijurídico e culpável³⁷⁶.

Prevalece entre nós o entendimento de que a parte geral do Código Penal, após a reforma de 1984, adotou a teoria finalista da conduta (ou da ação)³⁷⁷.

O resultado, também denominado evento por muitos doutrinadores³⁷⁸, é a manifestação no mundo exterior decorrente da conduta. O resultado pode pertencer ao mundo dos fatos, quando se diz naturalístico, ou ao mundo dos valores, quando se denomina resultado jurídico e se relaciona ao desvalor da conduta, que normalmente atinge bens jurídicos não corpóreos.

O nexu causal é o liame entre a conduta e o resultado. O sistema brasileiro adota a teoria da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non* – art. 13 do Código Penal), sem distinguir entre causas e condições³⁷⁹, considerando que “tudo o que contribui, *‘in concreto’*, para o resultado, é causa”³⁸⁰

³⁷⁵ E a culpabilidade seria pressuposto para a aplicação da pena. Adotam essa linha de pensamento, segundo Rogério Greco, os penalistas Damásio E. de Jesus, René Ariel Dotti, Julio Fabrini Mirabete e Roberto Delmanto. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p.146.

³⁷⁶ Cabe aqui uma consideração. É por doutrinadores de peso não vislumbrarem a culpabilidade como elemento do crime que este estudo não tratou da possibilidade de a autoridade policial reconhecer as excludentes de culpabilidade.

³⁷⁷ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 327.

³⁷⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 430.

³⁷⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 423.

³⁸⁰ Item 11 da Exposição de Motivos do Código Penal, em sua redação original.

O último elemento do fato típico, a tipicidade, constitui a relação de adequação entre a conduta e o tipo penal, que é a descrição precisa de um comportamento pela lei³⁸¹, sob ameaça de penalização caso ela seja cometida.

Ocorre que essa relação de adequação entre a conduta e o tipo penal revela apenas a tipicidade formal (ou legal), que não é suficiente para o sistema. A tipicidade demanda, ainda, que haja violação de um imperativo de comando ou de proibição, pelo que surge a tipicidade conglobante como um mecanismo de correção da tipicidade legal.

Confira-se a lição de René Ariel Dotti a respeito da tipicidade conglobante:

A tipicidade penal, como elemento essencial do delito, não se satisfaz com a tipicidade legal, ou seja, a simples adequação da conduta a uma norma incriminadora. Ela exige, também, a violação de um imperativo de comando ou de proibição. Daí falar-se em 'tipicidade conglobante, que identifica o verbo 'conglobar' (juntar, reunir, aglomerar). O exemplo formulado por ZAFFARONI-PIERANGELI é bem ilustrativo: um oficial de justiça, cumprindo mandado regular, expedido por juiz competente, apreende uma obra de arte de propriedade de um devedor a quem se executa em processo adequado pelo legítimo credor. Obviamente, esse comportamento não é delituoso. Mas a inexistência de crime, segundo os mesmos autores, resulta não do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23), mas da ausência da tipicidade penal, que vem a ser um fenômeno composto entre a tipicidade legal e a violação de uma norma jurídica. Vale reproduzir: "A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao 'subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel' (art. 155, caput, do CP), mas que não é alcançada pela proibição de 'não furtarás'". (Manual, p. 395-396)³⁸².

Nesse contexto, Rogério Greco trata do conceito de antinormatividade, considerando que não se pode considerar contrária ao ordenamento jurídico uma conduta que é imposta ou fomentada pela lei: "não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma

³⁸¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 157.

³⁸² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 410-411.

norma proíba aquilo que outra imponha ou fomente”³⁸³. Assim, não haverá antinormatividade quando a conduta for imposta pela norma jurídica (como no caso do carrasco que tem a obrigação legal de executar o condenado e contra ele dispara um tiro mortal) ou quando for por ela fomentada (como no caso do médico que intervém cirurgicamente no paciente com finalidade curativa)³⁸⁴.

Nestas hipóteses, portanto, nem sequer se há cogitar de tipicidade, pelo que desnecessário partir para o estudo da ilicitude da conduta.

Como pontuado, a relação de adequação da conduta ao tipo penal revela apenas a tipicidade formal (ou legal), insuficiente para justificar a atuação do direito penal. A tipicidade conglobante retira a tipicidade material de atos que não possam ser considerados antinormativos e também daqueles considerados insignificantes.

De fato, a tipicidade conglobante é utilizada também no tocante à aplicação do princípio da insignificância. Conforme René Ariel Dotti,

É no âmbito da compreensão da tipicidade conglobante que se resolve, também, o problema das infrações de bagatela, pela insignificância do bem jurídico afetado. Uma lesão corporal de ínfima repercussão ou um furto de irrelevante valor econômico, embora caracterizem a tipicidade legal, não chegam a produzir uma ofensa capaz de justificar a reação penal.³⁸⁵

O princípio da insignificância é corolário dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Segundo o Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Insignificância implica inexistência de crime. Confira-se:

Princípio que consiste em afastar a própria tipicidade penal da conduta, ou seja, o ato praticado não é considerado crime, o que resulta na absolvição do réu. É também denominado "princípio da bagatela" ou "preceito bagatelar". Segundo a jurisprudência do STF, para sua aplicação devem ser preenchidos os seguintes critérios:

- i. a mínima ofensividade da conduta do agente;
- ii. a nenhuma periculosidade social da ação;

³⁸³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 159.

³⁸⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 159-161.

³⁸⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 410-411.

- iii. o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- iv. a inexpressividade da lesão jurídica provocada³⁸⁶.

Vale lembrar que proteção exclusiva de bens jurídicos é uma das principais garantias de um Direito Penal não autoritário³⁸⁷. Além disso, como adverte Victor Gabriel Rodriguez, o princípio da fragmentariedade não se destina exclusivamente ao legislador, mas também ao aplicador do Direito, que deverá considerar ilegítima qualquer imposição de penalidade em circunstâncias que não atinjam minimamente o bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico. A aplicação deste entendimento retira a tipicidade material de um ato aparentemente subsumido a uma norma penal incriminatória, em aplicação do princípio da insignificância. Confirmam-se as lições do autor:

A proteção de bens jurídicos é uma das principais garantias de um direito penal não autoritário. [...]

Embora falte à legislação previsão expressa do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ela pode ser depreendida do texto constitucional pelos próprios mandados de criminalização, de que adiante cuidarei: se a Lei Maior determina a punição de lesões a alguns bens jurídicos determinados, pode-se entender que somente essa deve ser a função do Direito Penal: a proteção a eles. Nada há que autorize a pena como modo preventivo de controle social, de promoção pura da paz pública. A sistemática legislativa do Código Penal conduz também à mesma conclusão: qualquer delito da Parte Especial vem sob a rubrica do bem jurídico principalmente ofendido pela conduta abstratamente descrita.

A exclusiva proteção dos bens jurídicos não serve apenas ao legislador, mas também ao intérprete e aplicador da norma penal. Significa que, **à ausência de lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, qualquer punição é ilegítima. Sobre esse conceito é que se alicerça a diferenciação entre injusto formal e injusto material (ou conteúdo material do crime). Não basta que uma conduta esteja formalmente adequada à descrição legal para que se lhe possa impor sanção: é necessário também que exista um comprovado risco ao bem jurídico ou sua lesão efetiva.**

Deriva da exclusiva proteção de bens jurídicos o chamado princípio da insignificância. Vale dizer que o Direito Penal não

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

³⁸⁷ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Atlas, 2011. p. 194-210. p. 200.

se deve ocupar de atos que, ainda que formalmente puníveis, não tenham minimamente colocado em risco bens jurídicos.³⁸⁸ (grifo nosso).

De fato, no atual estágio da ciência, não basta a tipicidade formal. A intervenção do direito penal apenas se justificará na verificação de tipicidade material, ou seja, no desvalor da conduta, na ofensa ao bem jurídico³⁸⁹.

A tipicidade material implica lesão relevante ao bem jurídico cuja proteção se visou com a criação da norma. Confirmam-se, a respeito, os ensinamentos de Rogério Greco:

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador chamou para si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio –, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor. [...] Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. O bem juridicamente protegido pelo Direito Penal deve, portanto, ser relevante, ficando afastados aqueles considerados inexpressivos.³⁹⁰

Nas hipóteses em que incida o princípio da insignificância, implicando ausência de tipicidade material, não se configurará a tipicidade. O fato é, assim, considerado atípico quando a lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento é de tal monta irrisória que não deve ser considerada pelo Direito Penal.

Dessarte, em incidindo o princípio da insignificância, não se poderá considerar que houve fato típico.

³⁸⁸ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Atlas, 2011. p. 194-210.

³⁸⁹ MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 329-345. p. 338.

³⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 63

Em resumo, para que se possa falar em fato típico, é necessário que estejam presentes concomitantemente os elementos conduta, nexa causal, resultado e tipicidade, sendo esta a fusão da tipicidade formal ou legal com a tipicidade conglobante (formada pela antinormatividade e pela tipicidade material)³⁹¹.

Há que ainda se fazer referência à teoria dos elementos negativos do tipo ou teoria da *ratio essendi*³⁹², segundo a qual existe o denominado ‘tipo total’, no sentido de que não se pode aferir a tipicidade sem que se verifique também a ausência de elementos que excluam a sua antijuridicidade. As causas de justificação (as excludentes de antijuridicidade) constituiriam elementos negativos do tipo, isto é, na sua presença, nem sequer se poderia cogitar de crime, na medida em que haveria atipicidade da conduta³⁹³.

Assim, segundo esta vertente, toda vez que a conduta não for ilícita (pela presença de uma causa de justificação), não haverá fato típico.

Vencida a análise do fato típico, para os fins deste estudo, faz-se necessária a compreensão do segundo elemento fundante do crime: a antijuridicidade. Considera-se ilícito tudo aquilo que contraria o ordenamento jurídico, valendo rememorar que nem todo ato ilícito configura um crime, na medida em que há ilícitos de natureza não criminal.

René Ariel Dotti pondera que é mais adequada a terminologia ilicitude, que é não só a expressão usada pelo Código Penal, mas também por outros ramos do Direito. Esclarece que “para muitos penalistas, a designação antijuridicidade é nominal e tautológica, não sendo possível definir esse elemento do delito afirmando que ele consiste na contrariedade do Direito”³⁹⁴. Daí porque conceitua a ilicitude como a relação de antagonismo entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento positivo, causando lesão ou expondo a perigo um determinado bem jurídico tutelado pela norma.

³⁹¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 1. p. 162.

³⁹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 1. p. 312.

³⁹³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 165-167.

³⁹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 443.

De qualquer forma, qualquer que seja a terminologia adotada, é relevante considerar que, em princípio, todo fato típico aparentemente contraria o ordenamento jurídico, no que se convencionou denominar caráter indiciário do tipo (teoria da *ratio cognoscendi*)³⁹⁵. Configurado o fato típico, presume-se o cometimento de um crime, presunção que cede à verificação de uma das causas excludentes da ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito. Vale a transcrição do ensinamento de Rogério Grecco a este respeito:

Se a norma penal proíbe determinada conduta sob a ameaça de uma sanção, é porque aquela conduta ou causa lesão ou expõe a perigo de lesão o bem juridicamente protegido, e se o agente insiste em praticá-la devemos concluir pela sua ilicitude, desde que não atue amparado por uma causa de justificação³⁹⁶.

Dessarte, nos socorrendo novamente aos ensinamentos de René Ariel Dotti, “as causas de exclusão de ilicitude constituem cláusulas de garantia social e individual, em favor da liberdade de certas condutas que são autorizadas pelo Direito”³⁹⁷.

Nosso ordenamento jurídico prevê quatro causas de exclusão da ilicitude, que analisaremos a seguir: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Considera-se, ainda, a possibilidade de outras causas, ditas supralegais, excluïrem a ilicitude de uma conduta, sendo o consentimento do ofendido, em algumas hipóteses, uma delas³⁹⁸.

A legítima defesa conta com definição legal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (art. 25 do Código Penal). O fundamento da aceitação da legítima defesa é o conhecimento de que o Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela

³⁹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 311.

³⁹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 310.

³⁹⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 444.

³⁹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 313.

qual precisou deferir aos particulares, em determinadas circunstâncias, a atuação em sua própria defesa³⁹⁹.

A defesa apenas será legítima quando exercida nos limites da lei, ou seja, quando forem utilizados, com moderação, os meios necessários para repelir a agressão injusta.

Vale salientar que qualquer bem juridicamente tutelado pela lei pode ser defendido pelo instituto em estudo, mas desde que o socorro ao Estado não seja possível⁴⁰⁰.

O estado de necessidade também conta com definição legal: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 24 do Código Penal).

Em regra, no estado de necessidade ambos os bens em conflito são amparados pelo ordenamento jurídico, mas um prevalecerá sobre o outro⁴⁰¹. Não se pressupõe, como na legítima defesa, que a agressão ao bem jurídico tutelado seja injusta e, além disso, o perigo deve ser atual.

O estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não foram conceituados pela legislação penal, mas seus elementos objetivos e subjetivos podem ser deduzidos da norma.

É preciso que haja um dever legal imposto ao agente, que, em geral, é um integrante da Administração Pública⁴⁰². E esse dever legal deve ser cumprido nos exatos termos impostos pela norma.

A lógica aqui é relativamente simples: ordenamento jurídico não pode ser contraditório, isto é, não pode punir uma conduta que admite ou

³⁹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 335.

⁴⁰⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 336.

⁴⁰¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 316.

⁴⁰² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 362.

fomenta. O Direito não pode proibir o que o próprio Direito ordena ou permite⁴⁰³.

Na verdade, com a aplicação da tipicidade conglobante, houve um certo esvaziamento do estrito cumprimento do dever legal como causa excludente de ilicitude⁴⁰⁴. Confira-se a lição de Fábio Henrique Fernandez de Campos a respeito deste tema:

Pela tipicidade conglobante, um tipo penal como o artigo 121 do CP, que normatiza de forma proibitiva a conduta “matar alguém”, somente pode abranger um tipo incriminador chamado “homicídio” quando alguém mate sem que esteja amparado por alguma causa de justificação, ou seja, que a conduta de matar alguém seja de fato **antinormativa**.

Logo, a **conduta típica** somente pode ser assim considerada como aquela conduta de fato **contrária ao ordenamento jurídico**. Um homicídio praticado em legítima defesa não pode ser considerado conduta antimorativa. Então, desta forma, lógico que não há como sequer falarmos em crime, não se havendo materialmente um fato dotado de tipicidade penal. ⁴⁰⁵ (grifo nosso).

As hipóteses de estrito cumprimento do dever legal, nessa ordem de ideias, nem sequer superam o juízo de tipicidade.

Idêntica é a situação do exercício regular de direito, causa de exclusão da ilicitude que também não conta com descrição legal. Segundo a doutrina e a jurisprudência, o ‘direito’ em questão não é necessariamente aquele provindo do sistema penal, podendo advir de todos os ramos do Direito e até mesmo dos costumes⁴⁰⁶. O ponto é a regularidade do exercício do direito,

⁴⁰³ CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. O delegado de polícia frente à constatação de uma excludente de ilicitude durante o auto de prisão em flagrante: novas discussões sob a ótica da Lei 12403/11. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 315-327. p. 320.

⁴⁰⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 1. p. 364-367.

⁴⁰⁵ CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. O delegado de polícia frente à constatação de uma excludente de ilicitude durante o auto de prisão em flagrante: novas discussões sob a ótica da Lei 12403/11. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 315-327. p. 319.

⁴⁰⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 368.

que deixará de ser lícito quando invadir o direito alheio, constituindo, aí, abuso de direito, figura hoje também conhecida do Direito Civil⁴⁰⁷.

3.2 Aplicação do princípio da insignificância e reconhecimento das excludentes de ilicitude

Como se estabeleceu nos capítulos anteriores, nosso sistema se pretende garantista e acusatório. A legislação infraconstitucional precisa ser lida pelos olhos da Constituição Federal e das normas internacionais de direitos humanos a que o Brasil se submete.

Estabeleceu-se, ainda, que a autoridade policial tem poderes materialmente judiciais, representando, ao lado da autoridade judicial, a personificação do Estado em termos de detenção e liberação das pessoas em estado de flagrância. Além disso, é inquestionável que compete a delegados e delegadas de polícia a primeira tipificação penal dos fatos trazidos a seu conhecimento.

O ponto que resta agora dirimir é a possibilidade de a tipificação ultrapassar os limites do tipo formal, para abranger também a tipicidade material. Não há consenso na doutrina e na jurisprudência a esse respeito, havendo entendimentos que restringem a tarefa interpretativa ao juízo objetivo da tipicidade, ao passo em que outros aceitam que se faça o exame completo da tipicidade (formal, material, subjetiva)⁴⁰⁸.

A divergência, a meu ver, não se justifica e apenas se explica caso não se considere a autoridade policial como aplicador do Direito. Confira-se, a esse respeito, a ponderação de Henrique Hoffmann:

Parcela da doutrina insiste com um pensamento retrógrado quanto à polícia judiciária, no sentido de que o delegado de polícia deveria fechar os olhos à existência de excludentes de

⁴⁰⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁴⁰⁸ SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170. p. 147.

ilicitude e culpabilidade, ficando adstrito apenas à tipicidade, sendo obrigado a fazer a prisão em flagrante ainda que a pessoa não tenha praticado crime. Para esses autores, a autoridade de polícia judiciária seria mero autômato, máquina de encarcerar desautorizada a analisar todos os substratos do delito, e o suspeito consistiria em um objeto, adquirindo a condição de sujeito apenas na fase processual. Olvidam-se que um minuto de prisão indevida é uma infinidade para o injustamente segregado.⁴⁰⁹

Segundo o art. 4º do Código de Processo Penal, à Autoridade Policial cabe a apuração das infrações penais e da sua autoria (a Lei nº 12.830/2013 menciona, ainda, as circunstâncias – art. 2º, § 1º). No atual estágio de reconhecimento dos Direitos Fundamentais, não se justifica iniciar uma investigação penal sem a certeza da existência do delito, de modo que verificar minimamente se um fato pode ou não constituir uma infração penal é imposição de ofício de delegados e delegadas de polícia⁴¹⁰, que devem se orientar pelo conceito analítico de crime. Confira-se, nesse sentido, a lição de Paulo César da Silva:

Na identificação e escolha do tipo penal [...], cumpre ao delegado de polícia examinar todas as categorias penais que afetam a tipicidade: dolo e culpa [...], excludentes de tipicidade (erro de tipo, princípio da insignificância etc), nexos causal, crime impossível, início de execução, desistência voluntária e arrependimento eficaz, crime tentado ou consumado, consentimento do ofendido, concurso de crimes (material, formal ou continuidade delitiva), conflito aparente de leis, etc. [...]

Como decorrência lógica dessa sistemática, não há nem pode haver qualquer restrição à função interpretativa do delegado de polícia.⁴¹¹

Em reforço à premissa de que qualquer dia de encarceramento injusto ou desnecessário é uma violação a direitos e garantias fundamentais, vale ponderar que a justiça deve ser o centro da atividade do operador do

⁴⁰⁹ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 68.

⁴¹⁰ SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170. p. 150.

⁴¹¹ SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170. p. 150-151.

Direito⁴¹², sendo, neste ponto, já inquestionável que a autoridade policial do nosso Estado Democrático de Direito se insere nesta categoria.

Não obstante, força reconhecer que a divergência entre os que admitem a avaliação plena do fato criminoso e os que a limitam à análise da tipicidade formal decorre da legislação infraconstitucional. O art. 310 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 310.

[...]

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [causas excludentes de ilicitude], poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Pela literalidade do dispositivo, somente a autoridade judicial poderia analisar a presença de excludentes de ilicitude⁴¹³. Esse entendimento é incompatível com o atual estado da ciência constitucional dos direitos fundamentais.

Já se estabeleceu, neste estudo, que no Estado Democrático de Direito de matriz garantista as normas só podem ser consideradas válidas se compatíveis com o sistema constitucional e convencional de Direitos Humanos. O dispositivo legal em questão, embora tenha sido alterado bastante recentemente⁴¹⁴, não é compatível com a ordem constitucional vigente. Não há

⁴¹² O autor é adepto da Teoria do Humanismo Realista, segundo a qual a justiça deve ser o centro da atividade do operador do Direito, embora reconheça a dificuldade de definição da justiça. BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 574.

⁴¹³ Guilherme de Souza Nucci, quando discorre a respeito do que denomina relaxamento do flagrante pela autoridade policial, aponta que quando evidente que a pessoa levada a sua autoridade não é o autor do crime, não se deve lavar o flagrante, argumentando, entretanto, que, pela redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, não cabe à autoridade policial reconhecer excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. São suas palavras: “Note-se que isso se dá no tocante à avaliação da autoria, mas não quando a autoridade policial percebe ter havido alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, pois cabe ao juiz proceder a essa análise”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 681.

⁴¹⁴ Pela Lei nº 12.403/2011 – a redação anterior se referia aos artigos da parte geral do Código Penal revogada em 1984 que tratavam das excludentes de ilicitude, além de prever a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público para a liberação do agente.

como se conceber interpretação fria do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁴¹⁵.

Isso porque, em sua literalidade, ao restringir a apreciação das excludentes de ilicitude à autoridade judiciária, a norma não privilegia nem a liberdade nem a dignidade da pessoa, que são valores acolhidos pela Constituição Federal. E também não considera que a detenção (exceto a flagrancial) é abrangida pela reserva absoluta de jurisdição, ao passo em que a liberdade integra as hipóteses de reserva relativa, conforme se estabeleceu no Capítulo II. A interpretação literal do dispositivo despreza, ainda, o direito constitucional à ampla defesa, que deve ser também compreendido como a possibilidade de mitigação em favor do acusado/investigado de regras formais que não se compatibilizam com a CF e suas garantias. Vale lembrar que o Garantismo, em última medida, preconiza o estrito e rigoroso cumprimento das garantias penais e processuais penais insculpidas na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil subscrever.

A regra de que apenas a autoridade judiciária poderia reconhecer excludentes de ilicitude tinha pertinência no sistema penal anterior à reforma do Código Penal de 1984. Dogmaticamente, o Código Penal de 1940 se filiava ao Causalismo que, conforme visto, veiculava normas penais totalmente descritivas de comportamento, desprovidas de qualquer conteúdo valorativo e dogmático. Essa valoração só poderia ser feita pela autoridade judicial, o que explica o teor do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Confira-se, nesse sentido, a lição de Ruchester Marreiros Barbora:

Sob esta lógica [de que o ordenamento anterior era Causalista], de fato não poderia o Delegado, e nem um Promotor(!) [...] realizar juízo de valor sobre o fato, por uma razão muito simples, o próprio sistema não permitia. Bingo! Descobrimos o porquê delegado e o promotor de justiça não poderiam realizar juízo de valor sobre o dolo ou culpa ou sobre a tipicidade material, ou erro de tipo e de proibição (no código de 1940 era, respectivamente, erro de fato e direito) haja vista, conseqüentemente, era analisado no momento da aplicação da pena. Sendo assim, a sistemática penal tinha sido concebida

⁴¹⁵ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do Delegado de Polícia diante da não configuração de um ou mais elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 347-371. p. 361.

de forma antidemocrática (1940), haja vista que o monopólio da análise jurídica se dava no poder judiciário⁴¹⁶

Ocorre que, como já mencionado, prevalece o entendimento de que a reforma operada no Código Penal em 1984 adotou o finalismo, cujo injusto (fato típico e ilicitude) é impregnado de elementos subjetivos⁴¹⁷ (em oposição ao que se verificava no causalismo). A norma do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao apenas admitir que a autoridade judiciária reconhecesse as excludentes de ilicitude, não foi redigida com os olhos voltados para o finalismo, que traz o dolo e a culpa para a própria figura típica.

Não se pode conceber que alguém que atuou amparado por uma excludente de ilicitude seja encarcerado, ainda que por curto espaço de tempo, com fundamento na literalidade de um dispositivo legal anterior à Constituição Federal e que foi editado na época em que a parte geral do Código Penal regia-se pelo causalismo, que encarava a conduta como ação absolutamente desprovida de finalidade. Conforme estabelecido no Capítulo I deste estudo, a Constituição Federal se pretende garantista e o sistema, por consequência, não pode conviver com protagonismos judiciais nem com normas que não sejam coerentes com a sua lógica.

Justifica-se aqui a transcrição de um alerta feito por Félix Magno Von Döllinger:

O Brasil passa por um momento de encarceramento em massa [...] que não condiz com os princípios penais estabelecidos na Carta de 1988. Os recentes dados sobre a situação prisional no Brasil são alarmantes, pois o país tem hoje a quarta maior população carcerária do mundo, com aproximadamente 607 mil presos.

Trata-se de um contexto grave, no qual a figura do Delegado de Polícia assume especial importância, como primeiro filtro jurídico sobre o ato de detenção, decidindo pela ratificação ou não da voz de prisão e, ainda na primeira hipótese, arbitrar fiança nos limites estabelecidos no Código de Processo Penal. Não se tem aqui uma mera operação de enquadramento da conduta em tipo penal, como ocorria no sistema causal-naturalista, mas de um exercício jurídico que deve levar em

⁴¹⁶ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Juízo de valor do delegado de polícia. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Coord.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29-36. p. 35.

⁴¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1. p. 328.

conta a moderna teoria do delito, avaliando-se também os elementos subjetivos do crime.

Tem o Delegado de Polícia, como carreira jurídica, o dever de interpretar o Código de Processo Penal à luz dos princípios informados na Carta Magna, afastando-se, portanto, das matrizes autoritárias que conformaram a legislação processual penal, para colocar a polícia judiciária a serviço do cidadão, como se pode esperar de um Estado democrático de Direito.⁴¹⁸

É legítimo, pois, afirmar que o texto do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, após submetido a oxigenação constitucional, não pode ser interpretado em sua literalidade, no sentido de se extrair dele norma que vede à autoridade policial o reconhecimento das excludentes de ilicitude. A única leitura cabível, na atualidade, do parágrafo único em exame é no sentido de que caso a autoridade policial não o faça, caberá à autoridade judicial reconhecer de imediato as causas excludentes de ilicitude, para evitar o encarceramento flagrantial.

Nunca é demais repetir que as garantias constitucionais e internacionais de direitos humanos se aplicam desde a fase de investigação criminal⁴¹⁹, e, como titular do inquérito, cabe ao delegado e à delegada de Polícia zelarem pela sua efetivação.

Na verdade, essa construção hermenêutica nem sequer seria necessária. Isso porque à autoridade policial é dado reconhecer a configuração do crime. No contexto finalista e no atual estágio da ciência, isso significa conhecer todos os seus elementos.

Ademais, se crime é fato típico, antijurídico e, para alguns, culpável, óbvio é que aquilo que se pratica sob a égide das excludentes de ilicitude não é crime. Retomemos a teoria do crime.

⁴¹⁸ VON DÖLLINGER, Félix Magno. Da fiança arbitrada pela autoridade policial durante a lavratura do auto de prisão em flagrante. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 161-182. p. 162-163.

⁴¹⁹ As garantias de Direitos Humanos devem ser deferidas aos imputados, aí compreendidos os investigados e os réus. Esse termo, "imputado", é usado textualmente no Código de Processo Penal Argentino. Entre nós, a jurisprudência do STJ já teve oportunidade de determinar o trancamento de inquérito policial que tramitou sem consideração ao direito fundamental ao sigilo das comunicações, demonstrando que se admite a incidência dos direitos decorrentes da dignidade humana desde a fase investigativa. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 117.437/AP*. Quinta turma. Rel.: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21060114/habeas-corpus-hc-117437-ap-2008-0219216-2-stj/inteiro-teor-21060115?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

A relação de adequação entre a conduta e o tipo penal revela apenas a tipicidade formal, sendo necessário corrigi-la para adequação ao sistema. É isso o que a tipicidade conglobante preconiza: que a tipicidade pressuponha, também, a violação de um imperativo de proibição.

Assim, na presença de uma causa excludente de ilicitude, nem sequer se poderia cogitar da existência de fato típico. E é inquestionável que a autoridade policial detém poder para avaliar, nas circunstâncias que lhe são postas, a verificação da tipicidade.

Também a Teoria dos Elementos Negativos do Crime nos socorre, pois ela determina que nem sequer se cogite de tipicidade quando presente alguma excludente de ilicitude. Novamente, não se questiona que cabe à autoridade policial aferir a tipicidade, de modo que parece impossível fugir à conclusão de que delegados e delegadas de Polícia têm autonomia para reconhecer excludentes de ilicitude no momento do flagrante, evitando o encarceramento imediato.

Registre-se que a atipicidade da conduta é uma das causas previstas no art. 397 do Código de Processo Penal como autorizadas da absolvição sumária. Em outras palavras, o sistema não admite a persecução penal relativa a fato atípico. Com muito mais razão, não se justifica a detenção em casos tais.

Vale lembrar que o princípio da presunção de inocência deve reger a lavratura do auto de prisão em flagrante, uma vez que inadmissível a ideia do *in dubio, pro societate*. A dúvida a respeito das excludentes de ilicitude, assim, milita em favor da pessoa conduzida à autoridade policial, e deve lhe ensejar a soltura, jamais a detenção flagrancial.

Nada impede a instauração de inquérito policial nessas circunstâncias. Tal proceder privilegia a lógica democrática de investigar para depois prender. Nesse sentido, confira-se a lição de Fábio Henrique Fernandez de Campos:

Se a investigação criminal por si só envolve o Processo Penal, como pacificamente explanam os autores, nada há que se questionar quanto ao poder do delegado, frente a uma causa

que aponta para a existência de exclusão de ilicitude, deixando assim de prender.

Não se diz aqui que o Delegado de Polícia possa usurpar funções do órgão titular da ação penal, ou sobretudo do Poder Judiciário, pois de qualquer forma, ante a uma causa excludente de ilicitude que, a depender da teoria analítica do crime, a que já nos referimos, pode mesmo o fato sequer constituir crime, não deixará o Delegado de Polícia de instaurar o inquérito policial, para apurar os fatos amiúde. Não se prega essa possibilidade. Mas sim que ele **deixe de realizar a medida extrema, a prisão em flagrante**, o que representa grande risco à liberdade de um inocente.⁴²⁰ (grifo nosso)

Na verdade, é recomendável que a autoridade policial instaure inquérito, a despeito das suas conclusões acerca da incidência de alguma excludente de ilicitude, mesmo em se considerando o peso de uma investigação na vida de uma pessoa. Cuida-se, aqui, de legitimação da atividade policial. Os elementos de convicção devem ser recolhidos e submetidos aos mecanismos comuns de controle interno (Corregedorias), externo (Ministério Público), judicial ou social⁴²¹.

Se ao longo da instrução preliminar surgirem elementos que afastem a excludente de antijuridicidade, é dado à autoridade policial representar pela prisão preventiva do agente.

Dessarte, delegados e delegadas de Polícia, no momento da análise da situação flagrancial, somente devem ratificar a voz de prisão quando resultar fundada suspeita da prática de um crime sem o benefício de alguma excludente de ilicitude.⁴²²

Idêntica solução deve ser dada às hipóteses de insignificância.

⁴²⁰ CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. O delegado de polícia frente à constatação de uma excludente de ilicitude durante o auto de prisão em flagrante: novas discussões sob a ótica da Lei 12403/11. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 31-327. p. 323.

⁴²¹ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia judiciária no estado de direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 69.

⁴²² ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. *Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP, 2008. p. 101. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077090.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

A incidência do princípio da insignificância retira a tipicidade material do ato supostamente criminoso, afastando a possibilidade de considerar-se presente o elemento fato típico, a desconfigurar a existência de crime.

Ora, se é ilegítima qualquer aplicação de pena aos crimes de bagatela, na medida em que nem sequer se pode considerá-los típicos por ausência de tipicidade material, é evidente que a autoridade policial não pode cancelar a detenção da pessoa que lhe é apresentada em suposto estado de flagrância. Vale registrar que o Pacto de São José da Costa Rica estabelece em seu Artigo 7º, sobre o direito à liberdade pessoal, que “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”.

O que pode ser mais arbitrário do que cercear a liberdade de alguém, ainda que brevemente, por fato que nem sequer pode ser considerado crime?

Firme nessa ideia, o 1º Congresso Jurídico dos Delegados do Rio de Janeiro, estabeleceu o Enunciado nº 10, do seguinte teor:

O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.

O princípio da Insignificância decorre dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. É, pois, uma garantia e o reconhecimento de sua incidência configura um direito do cidadão, ao mesmo passo em que constitui um dever da autoridade pública cuja missão seja garantir direitos.⁴²³

Ocorre que pode ser ilusória a impressão de que uma atitude isoladamente considerada não lese o bem jurídico tutelado⁴²⁴. De fato, ainda que o princípio da insignificância seja um instrumento de interpretação restritiva do direito penal, não deixa de ser subjetivo o raciocínio relativo à sua

⁴²³ MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 329-345. p. 340.

⁴²⁴ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignacio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Atlas, 2011. p. 194-210. p. 201.

incidência⁴²⁵. Essa constatação nem de longe sustenta o argumento de que a autoridade policial não poderia reconhecer a Insignificância.

O delegado e a delegada de polícia, além de não serem autômatos aplicadores do Direito, são detentores de poder materialmente judicial, de modo que nada justificaria que se omitissem no reconhecimento de que determinada conduta não se adequa ao tipo penal, por falta de tipicidade material. Entretanto, da mesma forma como acontece no reconhecimento das excludentes de ilicitude, convém que a autoridade policial documente a aplicação do princípio, com vistas a propiciar controle. Paulo César da Silva sugere essa postura:

Por tratar-se de matéria polêmica, cabe ao delegado de polícia fundamentar sua decisão, invocando elementos concretos e jurídicos, documenta-la em forma de autos, peças informativas, ou até mesmo por meio de inquérito policial e encaminhá-la ao Judiciário, objetivando tornar público o seu posicionamento e oportunizar o controle externo pelo representante do Ministério Público.⁴²⁶

Tanto na hipótese de reconhecimento de excludente de ilicitude quanto de aplicação do princípio da insignificância, a documentação dos atos abre oportunidade para que a análise até então proferida pelo delegado ou pela delegada de polícia sejam ou não corroboradas, sendo mesmo possível que o membro do Ministério Público ofereça denúncia e, conseqüentemente, leve o autor do fato à persecução penal judicial.⁴²⁷

É de se lembrar que, no Estado Democrático de Direito, todos os atos de autoridade devem ser devidamente fundamentados. A motivação das

⁴²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 1. p. 65.

⁴²⁶ SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170. p. 161.

⁴²⁷ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do Delegado de Polícia diante da não configuração de um ou mais elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 347-371. p. 356.

decisões prolatadas por delegados e delegadas de polícia enriquece a persecução penal garantista⁴²⁸.

Isso porque não se cogita de escolhas, com sua forte carga de subjetividade⁴²⁹, mas sim de decisões sobre os contornos da responsabilidade criminal. Decisões que devem ser limitadas, adstritas vinculadas e sobretudo fundamentadas no Direito.

Tais características tornam as decisões passíveis de controle. No Estado de Direito, todas as estruturas de poder devem se submeter a controle.

A existência de mecanismos de controle *a posteriori* se mostra, então, essencial, na medida que submete a decisão da autoridade policial a outras autoridades. O membro do Ministério Público a quem os fatos forem comunicados pode, inclusive, discordar do juízo efetuado pela autoridade policial e, assim, representar por prisão preventiva, se o caso. O que não se pode admitir é que o delegado ou a delegada de polícia sejam constrangidos a, contrariando a sua avaliação jurídica do caso, determinar a detenção daquele que foi capturado em flagrante de atividade que não constitua crime, por não ferir minimamente o bem jurídico protegido ou por estar amparada em excludente de ilicitude.

Não cabe à autoridade policial, na sua atuação diária, optar por dar ou não efetividade aos direitos fundamentais. A atuação neles pautada é impositiva.

⁴²⁸ HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 53.

⁴²⁹ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 195.

CONCLUSÕES

Consciente de que o encarceramento em massa é um mal, e de que, em nossa ordem constitucional, o aprisionamento deve ser excepcional, especialmente aquele determinado antes da sentença condenatória transitada em julgado, este trabalho se dedicou a estudar a viabilidade de a autoridade policial deixar de determinar a detenção imediata daqueles que lhe são apresentados em situação de flagrância. O estudo tinha também o intuito de embasar delegados e delegadas de Polícia que por vezes se veem ameaçados com processos criminais, civis e disciplinares por não ratificarem voz de prisão.

A partir da premissa de que qualquer dia de encarceramento injusto ou desnecessário é uma violação a direitos e garantias fundamentais, teorizou-se no sentido de que, se é dado à autoridade policial do Estado Democrático o poder de, em certa medida, dizer o Direito, lhe seria legítimo aplicar, de ofício, as causas excludentes de ilicitude e o princípio da insignificância. Segundo doutrina tradicional, o reconhecimento das excludentes de ilicitude esbarraria na norma insculpida no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que apenas deferiria à autoridade judicial o poder de as aplicar. Já a incidência do Princípio da Insignificância encontraria óbice na ausência de reconhecimento legal deste princípio e da subjetividade de seus contornos.

A pesquisa se desenvolveu com base em bibliografia. Recorreu-se a diversos ramos do conhecimento: História, Direito Constitucional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sociologia, Criminologia, Teoria Geral do Estado, Direito Administrativo, Direito Penal e Direito Processual Penal.

No primeiro Capítulo, estabeleceu-se que a Constituição Federal de 1988 adotou o perfil político constitucional de Estado Democrático de Direito. Trata-se de Estado democrático, internacional e constitucional, no sentido de que rege-se pelo Direito ao mesmo tempo em que o cria. Seus valores éticos e políticos centram-se na Dignidade da Pessoa Humana e a tônica da atuação do Estado deve ser a intangibilidade dos Direitos Fundamentais.

Também se concluiu que o Código de Processo Penal é regido pelo princípio inquisitivo, que é incompatível com o Estado Democrático de Direito, resultando que nem todas as normas podem ser aplicadas em sua literalidade.

Exsurge a necessidade de que a legislação infraconstitucional como um todo passe pelo que se denominou de oxigenação constitucional, pois a aplicação do Direito demanda sujeição a todo o ordenamento, não apenas à letra da lei.

A exigência de se interpretar o ordenamento segundo a Constituição Federal é uma decorrência do Garantismo, na medida em que uma norma só será válida se compatível com o sistema constitucional e convencional de Direitos Fundamentais. O Garantismo, concluiu-se, é a única matriz filosófica compatível com a Constituição Federal, na medida em que é uma expressão do Iluminismo, fundado na Dignidade da Pessoa Humana, um dos maiores valores acolhidos pela nossa norma maior.

O segundo Capítulo se dedicou ao estudo da Polícia. Foi necessário recorrer à História, à Sociologia e também à Criminologia para se perceber que a Polícia do Estado Democrático de Direito não se presta à conservação das instituições, mas sim ao esclarecimento de autoria, circunstância e materialidade de um fato em tese criminoso. Sua atuação deverá ser pautada pelo respeito às normas e princípios do ordenamento constitucional e convencional, em especial aos Direitos Fundamentais.

Foi possível compreender que a autoridade policial do sistema brasileiro tem posição, poderes e atribuições que não se comparam a nenhum outro chefe das Polícias estrangeiras porque, aqui, o cargo é um desmembramento da Magistratura e ainda conserva poderes próprios de juízes. Concluiu-se que, em nosso modelo, à autoridade policial é conferido o poder de dizer o Direito e de restringir direitos, o que se denominou poder materialmente judicial. Confirmou-se, assim, a primeira parte da hipótese: delegados e delegadas de Polícia têm poder de dizer o Direito.

A partir desse ponto, se mostrou necessário estudar a moderna teoria do crime, o que tornou possível a compreensão de que, com a adoção do finalismo pela reforma penal de 1984, a configuração do crime, no caso concreto, não poderia mais se esquivar da busca pela tipicidade material. Nem sequer se há falar em fato típico quando presente uma excludente de ilicitude ou quando se tratar de infração bagatelar.

Percebeu-se que a interpretação literal do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal não pode mais ser admitida, pois a norma ali inscrita tinha pertinência no causalismo, sendo agora incompatível com o sistema. Além disso, despreza o poder materialmente judicial da autoridade policial.

O delegado e a delegada de Polícia não são autômatos, não são meros burocratas com uma arma na cintura. Pelo contrário. A legislação exige que sejam bacharéis em Direito aprovados em concurso de provas e títulos, o que não seria necessário se suas funções fossem meramente chancelar a captura de supostos agentes criminosos trazidos à sua autoridade.

Nesse contexto, ao receber na delegacia os supostos autores capturados em estado de flagrância, os seus condutores e talvez até a vítima, compete à autoridade policial averiguar as circunstâncias em que ocorreram os fatos e, caso se depare com uma excludente de ilicitude ou uma infração bagatela, deverá reconhecê-las, impedindo o encarceramento imediato.

A vinculação da autoridade policial a um positivismo rasteiro, sem a necessária oxigenação constitucional das normas, lhe retira a condição de jurista e a alheia do mundo da vida, fazendo-a crer que cumpre o seu papel de dizer o direito, sem jamais o dizer adequadamente, por ignorar os valores e princípios veiculados na Constituição Federal. O delegado e a delegada de Polícia são autoridade jurídica, bacharéis em Direito, são o primeiro obstáculo colocado, pelo sistema, entre o suposto autor e a gana punitivista do Estado, seus ímpetos efficientistas e vingativos.

Concluiu-se, entretanto, que a autoridade policial deverá instaurar inquérito policial nas hipóteses em que, na avaliação da situação flagrancial, perceber a incidência de uma causa de exclusão da ilicitude ou a necessidade de aplicação do princípio da insignificância. A instauração de inquérito, embora represente um inconveniente para o investigado, na medida em que é em certa medida uma restrição de direitos, funciona como mecanismo de controle da atividade da autoridade, o que é também essencial no Estado Democrático de Direito. Assim, delegados e delegadas de Polícia devem documentar e fundamentar as suas decisões, encaminhando as suas deliberações ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Portanto, a autoridade policial, ao se utilizar dos instrumentais que o Direito penal e o Direito processual penal constitucional colocam a sua disposição para evitar o encarceramento imediato daqueles trazidos a sua presença, dá concretude aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao ideal filosófico de justiça e equidade. Simplesmente maneja o sistema que em nenhum momento a proíbe de reconhecer excludentes de ilicitude ou infrações bagatelares.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. *Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077090.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Desafios da reforma das polícias no Brasil. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *RDPJ*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 157-195, jul./dez., 2017.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Juízo de valor do delegado de polícia. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Coord.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29-36.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEAUBRUN JÚNIOR, Antônio Carlos. *Delegado Conciliador*. Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2015.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoC ompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN Editora, 2003.

CAMBRI, Eduardo. *Neoconstitucionalismos e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. O delegado de polícia frente à constatação de uma excludente de ilicitude durante o auto de prisão em flagrante: novas discussões sob a ótica da Lei 12403/11. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 315-327.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Duílio Mocelin. A atuação investigatória da polícia judiciária e o controle externo de legalidade do Ministério Público no inquérito policial. *Revista Prisma*, n. 81, p. 31-38, jan./mar. 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A desconsideração do humano no processo penal inquisitivo*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-desconsideracao-do-humano-no-processo-penal-inquisitivo/>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

CIPRIANI, Juliana. *Presos divulgam imagens de fogo durante rebelião na Grande BH*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/01/28/interna_gerais,934121/p-resos-divulgam-imagens-de-fogo-durante-rebeliao-na-grande-bh.shtml>. Acesso em: 17 jun. 2017.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PEGO, Anabella. Autoridad. In: MUÑOZ, Maria Tereza; LEROUX, Sergio Ortiz; MARCÓN, Julieta (Coords.). *Diccionario de Justicia*. México, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/32396456/Autoridad_en_Diccionario_de_justicia_Carlos_Pereda_ed._>. Acesso em: 04 fev. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FENDEPOL. *Plano Nacional de Defesa Social e Aperfeiçoamento da Democracia*. Disponível em: <<http://fendepol.com/documentos/cartilha-pacto-moralidade.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 4, p. 3-7, 1988.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do Delegado de Polícia diante da não configuração de um ou mais

elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 347-371.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60553/garantismo_penal_integral.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo penal (integral)?* Disponível em: <www.metajus.com.br/textos.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc>. Acesso em: 12 nov. 2017.

FLORINDO, Marcos Tarcísio. Estado, polícia e sociedade: ensaio sobre a regularidade (e permanência) das práticas discricionárias de atuação policial. *Revista Intratextos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-182, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/view/2384/1712>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. São Paulo: Vozes, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODOI, Rafael. Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Ano 5, n. 8, fev./mar. 2011.

GOLDSCHIMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. 25 anos depois, direito penal 3.0. *Boletim IBCCrim*, n. 298, set. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013. v.1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. *160 years of atlantic stories: broken windows: the police and neighborhood safety*. Disponível em:

<<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 2 out. 2018.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

LAZZARINI, Álvaro. A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 184, p. 25-85, abr./jun. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44310>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, p. 16-23, ago./set. 2016.

MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

MACEDO, Fausto. 'A população quer vísceras, quer sangue', diz Marco Aurélio sobre a Lava Jato. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-populacao-quer-visceras-quer-sangue-diz-marco-aurelio-sobre-a-lava-jato/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MACHADO, Felipe. Gestão da prova, a pedra de toque do processo penal acusatório. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Controle externo da atividade policial e seus limites. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Coord.). *Temas avançados de polícia judiciária*. Salvador: JusPodium, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei nº 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, n. 300, nov. 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 1.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.

MINAGÉ, Thiago. *Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Quileditora, 2012. v. 1.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MONJARDET, Dominique. *O que faz a Polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Sérgio Luís Lamas; MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 329-345.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NICOLITTI, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

QUEIRÓZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri, SP: Manole, 2013.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do Direito Penal. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 194-210.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guias do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Sistemas e devido processo legal substancial: 25 anos depois. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, p. 75-94, jan./jun. 2013.

RUCHESTER apud HOFFMANN, Henrique et. al. *Polícia judiciária no estado de direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais viveram série de retrocessos no plano fático e jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-direitos-humanos-viveram-serie-retrocessos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Paulo César da. O controle da tipicidade material e das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia. In: NORONHA, João Ricardo Képes (Coord.). *Revista Jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL-PR*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147-170.

SNYDER, Timothy. *Sobre a tirania: vinte lições do século XX para o presente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. v. 2.

STRECK, Lênio. *Constituição Federal é garantia contra o poder autoritário estatal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-14/streck-constituicao-garantia-poder-autoritario-estatal>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Conceito de autoridade policial*. Disponível em: <<https://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/>>. Acesso em: 26 out. 2015.

TORNAGHI, Hélio. Do processo penal brasileiro. *Arquivos da Polícia Civil do Estado de São Paulo*, v. 26, 1975.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002.

VALENTE, Manuel M. G. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017. Disponível em <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82/72>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A polícia do estado democrático e de direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

VASCONCELLOS, Marcos de. *É hora de reconhecer valor constitucional de tratados de direitos humanos, diz Fachin*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/fachin-hora-reconhecer-valor-tratados-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

VILLAS BOAS, Marco Antônio. *O réu como vítima*. Leme: Mizuno, 2006.

VON DÖLLINGER, Félix Magno. Da fiança arbitrada pela autoridade policial durante a lavratura do auto de prisão em flagrante. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (Org.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática, a visão do delegado de polícia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 161-182.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012.