

A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA DA INVESTIGAÇÃO PENAL.

THE CONSTITUTIONAL-DEMOCRATIC INSTRUMENTALITY OF CRIMINAL INVESTIGATION.

LA INSTRUMENTALIDAD CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN PENAL.

Submetido em: 08.10.2021

Aceito em: 07.04.2022

THIAGO MARCANTONIO FERREIRA

POLÍCIA FEDERAL, BRASÍLIA-DF, BRASIL

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB),
BRASÍLIA-DF, BRASIL

tmferreira17@gmail.com

RESUMO

O artigo analisa a função desempenhada pela investigação penal no Estado Social e Democrático de Direito. O velho paradigma de instrumentalização individualista e unidirecional da investigação penal já não se coaduna com o espírito das sociedades constitucionais democráticas. Propõe-se, assim, a adoção de um novo paradigma que reflita os vetores axiológicos do constitucionalismo e das sociedades democráticas. A instrumentalidade constitucional-democrática da investigação criminal manifesta-se na tutela dos valores constitucionais e na democratização de suas funções. O artigo está desenvolvido em quatro partes. Na primeira demonstra-se a existência de um dever jurídico estatal de investigar as condutas violadoras dos bens jurídicos penais como decorrência lógica do direito à segurança pública e como uma imposição do direito internacional dos direitos humanos. Na sequência, abordam-se alguns aspectos da investigação penal como materialização deste dever constitucional. Avança-se para as discussões em torno da classificação doutrinária do sistema processual penal brasileiro. Determinada a sua natureza inquisitivo-garantista, destaca-se as suas duas pedras fundamentais: separação de funções e controle externo. A parte final traz uma reflexão sobre a instrumentalidade constitucional-democrática da investigação penal conduzida pela Polícia Judiciária em detrimento das investigações conduzidas pela acusação e pela defesa.

PALAVRAS-CHAVE: investigação penal; Polícia Judiciária; sistemas processuais; instrumentalidade constitucional-democrática.

ABSTRACT

The article analyzes the role played by criminal investigation in the Social and Democratic State of Law. The old paradigm of individualistic and unidirectional instrumentalization of criminal investigation is no longer in keeping with the spirit of democratic constitutional societies. Thus, we propose the adoption of a new paradigm that reflects the axiological vectors of constitutionalism and democratic societies. The constitutional-democratic instrumentality of criminal investigation is manifested in the protection of constitutional values and in the democratization of its functions. The article is developed in four parts. The first demonstrates the existence of a state legal duty to investigate conduct that violates criminal law as a logical consequence of the right to public security and as an imposition of international human rights law. Next, some aspects of criminal investigation are discussed as a materialization of this constitutional duty. It advances to the discussions around the doctrinal classification of the Brazilian criminal procedure system. Given its inquisitive-guarantee nature, it informs its two cornerstones: separation of functions and external control. The final part brings a reflection on the constitutional-democratic instrumentality of the criminal investigation conducted by the Judiciary Police to the detriment of investigations conducted by the prosecution and the defense.

KEYWORDS: criminal investigation; Judiciary Police; procedural systems; constitutional-democratic instrumentality.

RESUMEN

El artículo analiza el papel que juega la investigación criminal en el Estado social y democrático de derecho. El viejo paradigma de la instrumentalización individualista y unidireccional de la investigación criminal ya no se ajusta al espíritu de las sociedades constitucionales democráticas. Así, se propone la adopción de un nuevo paradigma que refleje los vectores axiológicos del constitucionalismo y las sociedades democráticas. La instrumentalidad constitucional-democrática de la investigación penal se manifiesta en la protección de los valores constitucionales y en la democratización de sus funciones. El artículo se desarrolla en cuatro partes. El primero demuestra la existencia de un deber legal estatal de investigar conductas violatorias del derecho penal como consecuencia lógica del derecho a la seguridad pública y como imposición del derecho internacional de los derechos humanos. A continuación, se discuten algunos aspectos de la investigación penal como materialización de este deber constitucional. Avanza a las discusiones en torno a la clasificación doctrinal del sistema procesal penal brasileño. Dado su carácter inquisitivo-garantista, informa sus dos pilares: separación de funciones y control externo. La parte final trae una reflexión sobre la instrumentalidad constitucional-democrática de la investigación penal que realiza la Policía Judicial en detrimento de las investigaciones realizadas por la fiscalía y la defensa.

PALABRAS CLAVE: investigación criminal; Policía Judicial; sistemas procesales; instrumentalidad constitucional-democrática.

1. O DEVER ESTATAL DE INVESTIGAR CONDUTAS VIOLADORAS DOS BENS JURÍDICOS PENAIS

A coexistência harmônica e pacífica em sociedade pressupõe a existência de mecanismos de controle social destinados a obter a submissão dos cidadãos ao conjunto de regras e princípios considerados vitais para a vida em sociedade. Compreendidos como todos os recursos de que uma sociedade dispõe para a obtenção da observância das normas comunitárias, o controle social pode se expressar através de diferentes instâncias, de maneira informal ou formal. Cada qual é dotada de seus respectivos instrumentos, objetivos e pontos de atuação. A família, a escola, a religião, o ambiente laboral, os meios de comunicação são exemplos de instrumentos informais que atuam previamente à ocorrência do ilícito. Mas estas formas de controle espontâneo e informal vêm se revelando cada vez mais insuficientes e menos efetivas na prevenção ao ilícito (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 65-90).

Diante desse quadro de fragilidade das instâncias informais, recorre-se ao estabelecimento de uma ordem jurídica formal que seja capaz de se impor de modo mais intenso na busca pela observância das regras básicas de convivência social. Nessa perspectiva, constitui-se uma ordem formal caracterizada por um sistema global de controle social formado por diversos subsistemas do Direito (civil, administrativo, tributário, etc.). Seguindo uma escala de gravidade proporcional ao nível de danosidade social, cabe ao direito penal, como *ultima ratio* do sistema sancionador estatal, atuar para conter os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento social. Tal atuação se dá mediante a seleção dos bens jurídicos mais relevantes e a definição dos comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, mediante a descrição de condutas típicas e a prescrição das respectivas penas (PRADO, 2003, p. 65-66).

Os bens jurídicos penalmente tutelados “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ata-

que ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1986, p. 16). São pressupostos imprescindíveis para existência comum, sem a defesa dos quais não se pode exercer os demais (ROXIN, 2004, p. 27-28). Em função de sua essencialidade para a manutenção da paz social e da ordem pública e de sua indispensabilidade para uma vida próspera e livre, tem o Estado o dever de protegê-los de modo suficiente e em níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nesse sentido, e em contraposição à teoria da proibição do excesso, que se tem admitido a existência daquilo que convencionou batizar de proibição de insuficiência dos deveres de proteção do Estado (SARLET, 2004, p. 98).

Afinal de contas, um sistema de justiça criminal ineficiente não serve à Polícia, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, aos réus e tampouco à sociedade. A atuação proporcional, que deve pautar as instituições do sistema de segurança pública, não possui apenas uma dimensão negativa, no sentido da vedação do excesso, ao impor limites às restrições de direitos fundamentais. Hoje em dia, envolve também a sua dimensão positiva consistente na vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. Com efeito, também há séria violação da Constituição quando o Estado se omite ou deixa de atuar de forma satisfatória na tutela dos bens jurídicos constitucionalmente assegurados.

Há, assim, numa outra vertente, um direito público subjetivo dos cidadãos na manutenção da integridade dos bens jurídicos que ele elegeu como fundamentais para a vida em sociedade por meio de seus representantes eleitos e, por consequência, um interesse social na persecução penal, na responsabilização do infrator e na restauração da norma violada, mediante a aplicação de uma sanção penal. Sob esse viés, fica evidenciado o interesse público primário no exercício da função investigatória penal. Em razão disso, afirma-se haver um dever estatal de investigar as infrações penais, decorrente do direito constitucional à segurança pública e do direito internacional dos direitos humanos.

O direito à segurança pública encontra previsão desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao ser mencionado como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito instituído a partir da promulgação daquele texto constitucional. Trata-se, ao mesmo tempo, de um direito fundamental (art. 5º, *caput*), de um di-

reito social (art. 6º), e de um direito coletivo exigível tanto do Estado quanto dos demais cidadãos (art. 144, *caput*). De acordo com o texto constitucional, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade, e tem como função preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio, além de reprimir as infrações penais praticadas em face dos bens jurídicos penalmente tutelados.

A prestação deste dever Estatal é realizada pelas instituições de segurança pública elencadas no taxativo¹ rol do artigo 144 da Constituição da República: Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; polícias civis; polícias militares; corpo de bombeiros militares e polícia penais. A cada um dos órgãos de segurança pública ali arrolados foi atribuído o desempenho de uma função relacionada ao dever estatal de prestar segurança pública. A execução de atividades de defesa civil é realizada pelos corpos de bombeiros militares, e a segurança dos estabelecimentos penais pelas polícias penais. A manutenção da ordem pública e a prevenção das infrações penais foi confiado às polícias ostensivas. Por outro lado, a apuração das infrações penais realizada por meio das investigações policiais ficou a cargo das polícias judiciárias.

Numa outra perspectiva, o dever de investigar tem ganhado contornos concretos em decisões materializadas pelas Cortes Internacionais de Justiça. Conforme enfatiza Feldens (2009), tem-se sedimentado no plano internacional a existência de um dever estatal de investigar como uma imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. Um direito da vítima e de seus familiares à investigação criminal ao qual correspondente o dever estatal de investigar as condutas violadoras das garantias e das liberdades públicas.

No julgamento em que condenou o Brasil por falhar no seu dever de respeito, prevenção e proteção ao violar os direitos à vida e integridade pessoal do cidadão Damião Ximenes Lopes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suas razões de decidir, enfatizou que os Estados têm o dever de investigar as afetações aos direitos à vida e à integridade pessoal como condição para garantir esses direitos.

1 Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 2.827, rel. min. Gilmar Mendes, j. 16.9.2010.

Salientou, também, que a obrigação de garantir os direitos humanos consagrados na Convenção não se esgota na existência de uma ordem normativa destinada a tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas compreende a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos. Nesse sentido, uma dessas condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar as afetações a eles (CIDH, 2006).

Ao decidir o caso Garibaldi, a Corte Interamericana condenou o Brasil a indenizar os familiares da vítima e conduzir eficazmente inquérito e processo para identificar, julgar e sancionar os responsáveis pela morte de Sétimo Garibaldi. Na ocasião, a Comissão entendeu que o Brasil violou o direito de acesso à justiça dos familiares da vítima em razão de não ter empreendido uma investigação imparcial e efetiva dos fatos. Ponderou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade através da realização de investigações serias, exaustivas, imparciais e efetivas. De acordo com a decisão, uma reparação integral exige que o Estado investigue com a devida diligência os fatos, com o fim de julgar e sancionar os responsáveis pela infração penal - no caso, a morte do senhor Garibaldi. (CIDH, 2020).

No polêmico caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), a Corte entendeu que o dever de apurar e punir os responsáveis pela prática das violações de direitos humanos decorrentes de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas em decorrência de operações do Exército brasileiro durante a denominada Guerrilha do Araguaia, não pode ser afastada por leis nacionais (Lei n.º 6.683/79 – lei de anistia) em virtude de decorrer de obrigações internacionais cogentes. Salientou que o dever de investigar alcançou um caráter de *jus cogens* que se encontra dentro das obrigações positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos humanos. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento de fato supostamente criminoso, devem iniciar, de ofício e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve estar orientada à determinação da verdade (CIDH, 2010).

De igual modo, ao analisar o caso Maria da Penha, a Comis-

são Interamericana de Direitos Humanos recomendou, entre outras coisas, ao Estado Brasileiro “completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável pela agressão tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia”, bem como a “proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável (...)”. (CIDH, 2001)²

O reconhecimento do dever de investigar não está restrito ao sistema interamericano. A obrigação de investigar e, se for o caso, punir as graves violações de direitos humanos foi afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. No sistema universal, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu, em seus primeiros casos, que os Estados têm o dever de investigar de boa-fé as violações ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³. Posteriormente, considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a investigação penal e o conseqüente julgamento constituem medidas corretivas necessárias para violações de direitos humanos.

Nesses termos, o Estado como ente detentor do monopólio do *ius puniendi* tem o dever de prevenir, investigar e sancionar toda violação de direitos tutelados penalmente pelo ordenamento jurídico. Ao direito fundamental e social e à segurança pública corresponde uma obrigação estatal de investigar as condutas violadoras dos direitos humanos e fundamentais, mediante uma investigação séria, imparcial, exaustiva e em prazo razoável. Há, por assim dizer, um dever jurídico de prevenir, de forma satisfatória, as violações de direitos humanos e de investigar seriamente, em tempo razoável e com os meios e aparatos adequados às violações aos bens jurídicos tutelados no âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções cabíveis e de assegurar a manutenção da ordem pública.

2 Anote-se, ainda, que as diversas recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direito Humanos ao Estado Brasileiro em face da violação de inúmeros dispositivos da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), convergiram para a edição da Lei n.º 11.340/2006, apelidada de Lei Maria da Penha, exatamente por criar, a partir destas recomendações, mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

3 Cf. C.D.H., Caso Larrosa versus Uruguai. Comunicação 88/1981, Decisão de 25 de março de 1983. Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/88-1981.html>. Acesso em 10 out 2021.

2. A INVESTIGAÇÃO PENAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA COMO MATERIALIZAÇÃO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE INVESTIGAR

Violada a norma penal, o direito abstrato, genérico e impessoal de perseguir o suposto autor de uma infração penal, para o fim de aplicar-lhe uma pena correspondente ao dano praticado, concretiza-se no dever de investigar o fato criminoso em todas as suas circunstâncias. O exercício desse direito decorrente da soberania Estatal se dá por meio de um instrumento colocado à disposição do Estado denominado de processo. De acordo com os elementos indiciários que informam a notícia crime e a natureza desta, o processo penal brasileiro pode-se desenvolver em uma ou duas fases.

A primeira fase (investigação penal) destina-se à apuração do fato criminoso objeto da notícia crime com o objetivo de verificar a sua existência e todas as suas circunstâncias, a materialidade delitiva e a suposta autoria. A segunda etapa materializa-se por meio da ação penal, que deve conter exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Tais requisitos de admissibilidade do art. 41 do Código de Processo Penal, salvo raríssimas exceções, são obtidos a partir dos dados coletados durante a primeira fase da persecução criminal, o que demonstra a necessidade de que ela se desenvolva de forma técnica, isenta, imparcial e desvinculada de interesses futuros.

A depender do sistema jurídico adotado, têm-se a obrigatoriedade ou a facultatividade da instrução preliminar como condição para o exercício da ação penal. O Direito espanhol, por exemplo, preconiza a obrigatoriedade da instrução preliminar para alguns delitos considerados graves com o objetivo de evitar acusações infundadas. Outros sistemas, como o brasileiro, adotam a facultatividade da fase preliminar, possibilitando que a acusação exerça a ação penal sem prévia instrução preliminar (art. 39, § 5º, e 40 do CPP). Entretanto, tal dispensa somente pode ocorrer se houver suficientes elementos de convicção - suficiente justa causa (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 185-186).

Mas a dispensabilidade da instrução preliminar não se confunde com a obrigatoriedade ou não de apurar a ocorrência da infração penal. Conforme mencionado em linhas passadas, o exercício da ação penal sem a prévia instrução preliminar somente é permitido quando a notícia crime já está amparada em suficiente justa causa. Na ausência deste substrato mínimo de elementos indiciários, a investigação do suposto fato criminoso comunicado ao sistema de segurança pública se torna cogente quando se tratar de crime de ação penal pública. De igual modo, a representação e o requerimento (da vítima ou de quem a represente) são condições de procedibilidade para o início da instrução preliminar nos casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada. Preenchidas essas condições, nasce para a Polícia Judiciária o dever jurídico de realizar a devida investigação penal. Em decorrência disso, fala-se em um direito fundamental dos indivíduos à ação policial, atividade para a qual o Estado não goza de discricionariedade na decisão de agir.

Em 20 de junho de 2013, no auge das discussões sobre a expansão do poder investigatório penal, é promulgada a Lei n.º 12.830, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Apesar de pouco inovadora, o estatuto jurídico da investigação criminal brasileiro mostrou-se muito significativo naquele contexto em que foi editado, marcado por uma forte tentativa de esgarçamento da fase investigativa e de desprezo ao histórico secular de bons serviços prestados pela Polícia Judiciária à sociedade brasileira, ainda que sem o adequado investimento na sua estrutura material, humana e organizacional. Nesse passo, a lei 12.830 trouxe para agenda social e política a urgente necessidade de conferir melhores condições de trabalho à essa indispensável instituição ao sistema de justiça criminal e à tão almejada paz social buscada pelo Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2013, p. 36).

De conteúdo extremamente sintético e objetivo, com apenas quatro artigos, tal normativo disciplina que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. Ao delegado, na qualidade de autoridade policial, durante a condução das investigações para a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais é assegurado o poder de requisitar perícia,

informações, documentação e dados que interessem à apuração. Para o indiciamento passa a ser exigida fundamentação idônea mediante análise técnica e jurídica do fato e mediante a indicação da autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Sob a ótica das garantias funcionais, a lei exige que a remoção do delegado de polícia somente se dê por meio de ato devidamente fundamentado e veda a avocação do inquérito ou qualquer outro procedimento investigativo presidido pelo Delegado. Este somente poderá ocorrer, por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. Ademais, traz a garantia de que o cargo de delegado de polícia seja ocupado privativamente por bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

A lei está em consonância com as formulações garantistas de Ferrajoli (2010, p. 710) na medida em que busca dar autonomia ao condutor do procedimento investigatório e reforçar a independência da Polícia Judiciária e a sua natureza de função exclusiva de Estado. O mestre italiano preconiza a separação de poderes como instrumento de limitação do *ius puniendi* estatal e de defesa das garantias aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a "polícia judiciária, destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário (...)"

3. O SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO: INQUISITIVO, MISTO OU ACUSATÓRIO?

Os sistemas processuais penais são o conjunto de regras e princípios que informam a aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal. A depender do modelo de Estado adotado, tem-se um sistema com maior ou menor grau de garantias. Por isso, na medida em que "revelam a proposta do Estado na forma de condução das prá-

ticas de controle social punitivo e nas garantias concedidas a quem violar o pacto" (MOREIRA; CAMARGO, 2016, p. 5), é necessário conhecer preliminarmente as características dos modelos de sistemas processuais penais existentes. A partir desta compreensão é possível dizer onde se situa o sistema estudado - a sua classificação. A doutrina assinala a existência de três sistemas de processo penal: inquisitivo; acusatório e misto.

O **inquisitivo** é o sistema que remonta à Inquisição, como a própria nomenclatura deixa evidente. Tem como principais características a concentração dos poderes de acusar, defender e julgar nas mãos do magistrado. Nele impera o sigilo e a ausência de contraditório, tendo o juiz inquisidor amplos poderes instrutórios para proceder a uma completa investigação do fato delituoso. Outra característica marcante do sistema inquisitivo estava na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhia-a secretamente (COUTINHO, 1998, p. 166).

Nesse sentido, o papel exercido pelo magistrado era equivalente ao papel de uma parte, porquanto investigava, dirigia as diligências e a produção de provas, acusava e, ao final, julgava. Não havia limitações quanto aos meios utilizados para a obtenção das provas. A confissão era a excelência dos meios de prova e os meios utilizados para obtê-la eram legitimados a partir de uma visão de que o processo servia à obtenção da verdade. Dentro dessa perspectiva, o modelo inquisitivo dispensava um processo que visava obter o conhecimento por meio de critérios objetivos para se pautar num sistema baseado no subjetivismo do julgador e, por consequência, do processo. É por isso que se diz que o processo inquisitivo é infalível. O seu resultado, já previamente determinado pelo subjetivismo do julgador, é construído a partir da produção e valoração de provas que apenas ratificam as hipóteses antes visualizadas (KHALED JR, 2010, p. 295).

Sendo assim, sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, o que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que em seu artigo 8º, n.º 1, estabelece a garantia judicial de que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por **um juiz ou tribunal com-**

petente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela (...)" (CADH, 1969).

O **sistema acusatório**, por sua vez, parte da divisão dos poderes distribuídos entre as figuras processuais. Apresenta-se, por isso, como uma antítese do sistema inquisitivo, na medida em que preconiza uma clara distinção entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Nesse passo, a concentração de poderes nas mãos do magistrado, marca do sistema inquisitivo, dilui-se na figura do Ministério Público cuidando da acusação e exercendo o papel de custos legis, da Polícia Judiciária, conduzindo as investigações e dando cumprimento às diligências, bem como pela defesa que resguarda os interesses e zela pelo respeito aos direitos e garantias do acusado. Esta talvez, seja a diferença primária mais salientada com relação ao sistema inquisitivo (MOREIRA; CAMARGO, 2016, p. 299).

Neste sistema, o protagonismo da produção das provas é das partes e não do juiz que, para preservar a sua imparcialidade, tem atuação subsidiária e complementar, abstendo-se de promover atos de ofício, principalmente na fase investigatória. Assim, a equidistância, a separação de funções, a imparcialidade e o respeito ao princípio do devido processo legal são características que informam este modelo. Na fase investigatória, o magistrado também só deve intervir quando provocado, e desde que haja necessidade de intervenção judicial. Caso contrário, deve limitar-se ao papel de supervisor da legalidade do procedimento e do respeito aos direitos e garantias fundamentais, em especial aquelas cuja relativização está sob cláusula de reserva de jurisdição.

Buscando unir as virtudes dos dois sistemas anteriores surge o **sistema misto ou francês** que vem a se constituir num processo com uma fase inquisitiva despida de acusação e destinada a apurar a materialidade e autoria delitivas e outra acusatória caracterizada pela formulação de uma acusação, apresentação de defesa e julgamento por magistrado natural e imparcial. Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de **inquisitivo garantista** (AVENA, 2017, p. 39).

A maioria dos processualistas defendem que o Brasil adotou o sistema acusatório. Tal defesa se assenta na concepção de que “a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do *processo*, isto é, da atuação do juiz no curso do processo”. “E porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação” (PACELLI, 2017).

Todavia, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 103) assinala que atualmente todos os sistemas processuais são mistos, não havendo mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos. Com efeito, um sistema processual misto não é o simples resultado da soma de elementos dos sistemas inquisitivo e acusatório. Os sistemas são mistos porque, sendo regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório e, sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório.

Nos parece correta a posição de Jacinto Coutinho. Não há como negar a existência de uma persecução penal bifásica em nosso ordenamento. Temos um sistema acusatório com uma fase preliminar predominantemente inquisitiva. As principais provas que subsidiam o livre convencimento do magistrado no momento do julgamento são produzidas durante a primeira fase da persecução penal. À guisa de exemplificação, podemos mencionar as provas obtidas por meio de técnicas especiais de investigação, como a interceptação telefônica, a colaboração premiada, os exames de corpo de delito, as quebras de sigilo bancário, fiscal, tributário, telemático e as perícias em geral.

Evidente que tal procedimento está contido dentro do conceito amplo de processo. O próprio legislador fez essa opção ao inserir o inquérito policial no Título II, do Livro I denominado de “O Processo em Geral”. E nem se diga que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal seria impedimento para essa constatação. Nenhuma incompatibilidade há em se admitir que o contraditório e a ampla defesa serão exercidos de forma plena somente na segunda etapa do processo. Vale lembrar que na primeira etapa (investigação criminal) há possibilidade de contraditório (não pleno) e de defesa (não ampla) manifestados na faculdade de o investigado requerer qualquer diligência (art. 14, do

CPP)⁴ e de dar a sua versão sobre os fatos no seu interrogatório - que na fase predominantemente inquisitiva não deixa de ser meio de prova e de defesa (art. 6º, inc. V, c.c. art. 185 e seguintes do CPP)⁵.

Em função disso, deve o magistrado apenas supervisionar a produção das provas, zelando para que toda a persecução penal observe os direitos e garantias do investigado. Não pode se comportar como protagonista. Deve ser coadjuvante, ficando em posição equidistante para que quando for chamado a decidir ou a julgar, possa fazê-lo com imparcialidade e sem interesse em ver prevalecer a tese ou as provas que produziu ou trouxe aos autos por *spont propria*.

Adepta do sistema acusatório e fã incondicional da separação de poderes, a Constituição Federal dividiu o exercício do *ius persequendi* entre instituições diferentes. A polícia ficou encarregada da primeira fase (extrajudicial) e o Ministério Público da segunda (judicial) e do controle externo da atividade policial, cabendo ao Poder Judiciário velar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais e pela correta atuação do Ministério Público (v.g. CPP, 28) . Ficaram abolidos, portanto, com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, tantos os inquéritos judiciais⁶ quanto os procedimentos judicialiformes⁷.

Nesse diapasão, pode-se concluir que o sistema brasileiro pode ser considerado de forma global como um sistema misto, porquanto em que pese a sua essência acusatória, reúne elementos secundários emprestados do sistema inquisitório. O desenvolvimento da persecução penal em duas etapas não ocorre por acaso. Primeiramente, atende à concepção democrática de Estado alicerçada no postulado constitu-

4 Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

5 Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

6 Inquéritos judiciais eram inquéritos instaurados e presididos por magistrados como ocorria, por exemplo, com o inquérito judicial falimentar que tinha previsão no artigo 103 e seguintes do Decreto-Lei n.º 7.661/45, revogada pela Lei n.º 11.101/05.

7 Por tal procedimento permitiu-se que a ação penal nas contravenções penais fosse iniciada por auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pelo juiz ou pela autoridade policial. Tal dispositivo, não recepcionado pela CR/88, continua inserido no artigo 26, do Código de Processo Penal com a seguinte redação: Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.

cional da separação de Poderes que dá sentido ao modelo acusatório de persecução penal lastreado na divisão das funções de investigar, acusar, defender, julgar e executar (a pena). Em segundo plano, revela uma preocupação garantista com a preservação do núcleo essencial das garantias que dão forma e conteúdo ao princípio do devido processo legal, cuja essência no ambiente democrático e republicano reside na proteção dos direitos e liberdades da pessoa contra qualquer ação estatal que se revele excessiva ou destituída de razoabilidade.

4. AS PEDRAS DE TOQUE DO SISTEMA INQUISITIVO-GARANTISTA: A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES E O CONTROLE EXTERNO

Por meio da **técnica denominada partilha**, o legislador constituinte realiza a distribuição de poderes estatais, aos quais geralmente correspondem às funções constitucionalmente definidas. A finalidade da partilha é a desconcentração do poder do Estado com base na ideia de que a melhor solução para se evitar o arbítrio e o abuso de poder está na sua diluição entre diferentes órgãos estatais, que passam a exercer apenas parte da soberania estatal (MOREIRA NETO, 1989, p. 5-6).

Noutro giro, a **técnica da interferência** é empregada pelo legislador constituinte para a realização do controle de um poder do Estado sobre o outro. Funda-se na ideia central de que, uma vez partilhado o poder, deve este ser objeto de controle (interferência) por outro órgão. Tal sistema, denominado de interferências, busca afastar os riscos advindos do monopólio de funções estatais. Permite-se, com isso, que cada Poder atue sobre os demais controlando-os reciprocamente (MOREIRA NETO, 1989, p. 9-14).

Como se pode notar, tais técnicas (partilha e interferência) buscam constituir um saudável conjunto de limitações e equilíbrios entre as funções desempenhadas pelos poderes, órgãos e instituições do Estado que exercem parcela de poder decorrente da soberania estatal. Trata-se de um verdadeiro sistema de freios e contrapesos, que consiste no controle do poder pelo próprio poder. Para que tal sistema possa funcionar de forma regular e satisfatório, a par das funções típicas atribuídas a cada Poder, são-lhes atribuídas ainda funções atípicas como, por exemplo, a

de exercer o controle sobre atividade típica exercida por outro Poder. O *Checks and Balances System* busca prevenir o abuso governamental submetendo governantes e governados às regras e aos procedimentos legais, no qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal.

Conforme anotado em linhas anteriores, as funções decorrentes do poder punitivo estatal foram partilhadas entre diversos atores do sistema de persecução penal com o objetivo de conter abusos e prevenir excessos da atuação dos órgãos do Estado. Assim, o poder punitivo sofreu uma divisão quadripartite. A investigação penal ficou a cargo das Polícias Judiciárias (Federal e Civil) conforme se depreende da redação de seu artigo 144, §§ 1º e 4º. A acusação penal pública foi conferida ao Ministério Público (art. 129, inc. VII). A função jurisdicional penal, julgamento dos casos criminais, foi outorgada aos juízes criminais e respectivos tribunais de apelação. Por fim, a função constitucional essencial de defesa dos acusados em geral foi conferida à advocacia privada e à Defensoria Pública (no caso dos necessitados).

Não se olvidando de que a persecução penal é um dos instrumentos mais violentos de que o Poder Público titulariza na sua relação Estado-cidadão, o constituinte desenhou um sistema de freios e contrapesos. Nesse passo, para o desempenho de algumas funções de Poder o constituinte exigiu que além do ordinário e regular controle interno, houvesse também um controle externo da atividade. Assim, o controle externo da atividade policial de prevenção e, sobretudo, de repressão às infrações penais, foi atribuído ao Ministério Público, nos termos da cristalina redação do inciso VII do artigo 129: "*exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.*"

A *mens legis* do disposto nos artigos 129, inciso VII e 144, §§ 1º e 4º é clara no sentido de ser indispensável um mecanismo de controle externo da atividade de persecução penal de infrações penais exercidas pelas Polícias Judiciárias. Dentro da ideia central e indispensável *check and balances* que permeia todo o funcionamento do Estado Democrático de Direito chega-se à conclusão de que tal atividade não pode ser exercida sem o necessário controle externo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 14-15) informa serem quatro as funções de controle sob o critério objetivo. A modalidade menos drástica é denominada de controle de cooperação, que como a própria denominação está a indicar ocorre mediante coparticipação obrigatória de um Poder no exercício da função do outro. Seguindo, o controle de fiscalização realiza-se pela vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro⁸. Já o controle de consentimento é o realizado pelo Poder interferente para conferir eficácia ou exequibilidade ao ato do Poder interferido, o qual é submetido a um crivo de legitimidade e legalidade⁹. O controle de correção é a modalidade mais drástica e relaciona-se à possibilidade de o Poder controlado ter os seus atos desfeitos ou sustados pelo Poder controlador¹⁰.

Postas as diversas formas de controle existentes na relação recíproca entre os Poderes do Estado pode-se indicar que o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público é caracterizado como um controle típico de fiscalização, o qual é indispensável e indelegável nos termos do sistema constitucional pátrio. Pode-se, portanto, acrescentar um novo axioma aos tantos outros que dão substância à dogmática penal: **sem controle externo não há investigação penal legítima.**

Desse modo, não se sustenta a tese de que a atividade de investigação penal pode ser realizada por outros órgãos que não a Polícia. Quem realizaria a indispensável e indelegável tarefa de controle externo? E quanto à possibilidade de a perseguição, na fase preliminar, ser

8 Na Constituição de 1988 está na grande maioria dos casos atribuídos ao Poder Legislativo. À título de ilustração, pode-se mencionar a fiscalização dos atos do Poder Executivo, diretamente ou por qualquer de suas Casas. incluídos os da administração direta; o controle de fiscalização financeiro-orçamentário, hoje estendido aos aspectos contábeis, operacionais e patrimoniais dos atos de todos os Poderes.

9 Por exemplo, é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; autorizar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias, dentre outros.

10 O Poder Judiciário exerce o controle de legalidade dos atos do Poder Executivo, por exemplo. A rejeição, expressa ou tácita, de medida provisória editada pelo Presidente da República e a suspensão do estado de defesa, da intervenção federal e do estado de sítio são exemplos do controle de correção que o Poder Legislativo exerce sobre o Poder Executivo.

realizada pelo próprio Ministério Público: como admitir que o órgão constitucionalmente encarregado do **controle externo** realize a atividade controlada?

A par da questão de a concepção da ideia norteadora da separação de poderes ter surgido com Locke ou Montesquieu, é fato que o seu surgimento está intimamente ligado a uma pretensão antiabsolutista e à ideia da *rule of law*. Considerava-se que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites. Não bastava que o poder fosse legítimo. Exigia-se que, além disso, fosse limitado. Além da separação, buscava-se equilíbrio, balança de poderes, freios e contrapesos. E isso, constitui-se até hoje no núcleo essencial da doutrina da separação dos poderes (TAVARES, 2006, p. 993-1000).

Nos dias atuais, a separação de poderes, muito mais do que uma doutrina inglesa, evoluiu para tornar-se um critério do Estado constitucional. E tal evolução muito provavelmente tenha acompanhado a necessidade de solucionar um dos grandes problemas contemporâneos do Estado, que é a denominada hipertrofia de funções ou multifuncionalidade, que apontam para a necessidade de se buscar uma nova reordenação e redistribuição equilibrada e balanceada das funções estatais (TAVARES, 2006, p. 999).

Dentro dessa linha de universalidade e onipresença, à exceção da Carta de 1937, todas as Constituições brasileiras incorporaram o princípio da separação de poderes. A Carta de 1824 previu além das funções Executiva, Legislativa e Judicial, a moderadora. A atual Constituição procedeu à consagração expressa do princípio da separação dos órgãos do poder logo em seu artigo 2º, estatuinto serem poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹¹.

Além da separação de poderes, em diversas passagens a Constituição cidadã refere-se à separação de funções que devem desempenhar os órgãos do Estado. E a cada uma delas corresponde um controle exercido por outro órgão numa clara demonstração de que aderiu à concepção mais moderna da doutrina da separação de poderes que busca ao mesmo tempo legitimar e limitar o poder estatal.

11 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A legitimação ocorre com a distribuição das funções entre os órgãos estatais dotando-os de independência para o seu exercício, com vistas à garantia do necessário equilíbrio político. Evita-se, assim, os inconvenientes da concentração de funções e, por consequência, os riscos do abuso de poder. Com essa limitação tutela-se as garantias fundamentais e legitima-se a atuação do Estado mediante a previsão de mecanismos de fiscalização e responsabilização recíprocas, conforme o desenho constitucional de freios e contrapesos adotado.

No modelo de persecução penal pátrio foi estabelecida a forma quadripartite de divisão de funções. O legislador constituinte originário sistematizou o exercício das funções inerentes ao exercício do poder punitivo estatal em: apurar, acusar, defender e julgar.

O *caput* do artigo 144 da Constituição Federal preconiza que a função de prevenção e repressão de infrações penais serão exercidas através da Polícia federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros militares e das polícias penais federal, estaduais e distrital. À Polícia Federal e às polícias civis foram atribuídas a apuração das infrações penais federais e estaduais, respectivamente. De outro lado, encarregou-se as polícias militares do policiamento ostensivo e da preservação da ordem pública - prevenção de atividades criminosas¹².

O exercício, privativo, da ação penal pública foi previsto como função institucional do Ministério Público (art. 129, inc. I). Além do processamento das ações penais públicas, coube ao *Parquet* a importante tarefa de exercer o controle externo da atividade policial e a requisição, de forma fundamentada, de diligências investigatórias e a

12 Art. 144 [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. [...] § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

instauração de inquérito policial¹³.

Por outro lado, coube à advocacia, na condição de instituição indispensável à administração da justiça, garantir o contraditório com todos os meios e recursos a ele inerentes e exercer a ampla e plena defesa dos acusados em geral (art. 133 c.c art. 5º, inc. LV). Paralelamente, aos necessitados - que comprovarem insuficiência de recursos - previu-se o direito de serem assistidos e defendidos pela Defensoria Pública - instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado - em todos os graus, judicial e extrajudicial, de forma integral e gratuita (art. 134 c.c. art. 5º, inc. LXXIV)¹⁴.

Por fim, ao Poder Judiciário atribuiu-se o poder-dever de dizer o direito. Noutras palavras, de julgar as causas penais que lhe forem submetidas, seja por meio da ação penal pública pelo Ministério Público, seja por meio da ação penal privada movida pelo ofendido. Garantiu a Constituição entre outras coisas que ninguém será julgado senão pela autoridade competente (art. 5º, inc. LII) e que não haverá juiz ou tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

Ferrajoli (2010, p. 535), em sua clássica obra *Direito e Razão*, já revelava no axioma A8 (*nullum iudicium sine accusatione*) do seu sistema garantista (SG) a sua preocupação com a violação da equidistância do juiz e com a quebra do que ele denomina de forma trigonal de relação processual. Para o mestre italiano a estrutura triádica forma a primeira característica essencial do processo acusatório, consubstanciado na triangular relação entre três sujeitos dos quais duas partes em

13 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

14 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Nessa relação, de acordo com o postulado garantista, seria fundamental a manutenção da equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos no processo: a tutela dos delitos pela acusação e a tutela das punições arbitrárias pela defesa, que correspondem exatamente aos dois escopos que justificam o direito penal.

No que toca ao papel da acusação, Ferrajoli (2010, p. 537) defende que tão fundamental quanto a ausência de funções acusatórias para o juiz é a inexistência de funções judiciais à acusação. De acordo com o garantismo, devem ser excluídos da acusação pública todos os poderes tipicamente judiciais, da restrição da liberdade pessoal à formação das provas. Com apoio em Carrara, sentencia que o papel do *Parquet* deveria se limitar a acusar. Com efeito, transformar-se-ia em um inquisidor caso tivesse o poder de iniciar, dirigir, ou de qualquer modo influenciar nos processos que depois serviriam de prova contra o acusado.

Por fim, no que se refere à defesa, Ferrajoli (2010, p. 537-538) defende que ela deva ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes do Ministério Público. Sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação de provas são funções de interesse público tanto quanto a persecução dos culpados e colheita de provas para fundamentar a acusação, sugere a criação de uma instituição destinada a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. Para eliminar a disparidade institucional, esta instituição que funcionaria como órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas, seria dotado inclusive dos mesmos poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária.

Registre-se que a disparidade apontada por Ferrajoli somente ocorre em sistemas de persecução penal em que são atribuídos poderes investigatórios ao órgão de acusação. Nos modelos em que a igualdade instrutória da persecução penal é efetivamente garantida mediante a realização de atos investigatórios por instituição independente da acusação e da defesa, esta disparidade não ocorre. É o caso do modelo brasileiro de investigação criminal, que na sua concepção constitucional tenta manter não apenas o órgão julgador e a defesa, mas também o órgão de acusação distantes da direção da fase de instrução preliminar,

a fim de que sejam preservadas a liberdade processual, a igualdade material e a oficialidade do processo penal¹⁵.

5. A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA DA INVESTIGAÇÃO PENAL

O Estado ao exercer o seu poder soberano de legislar, executar ou julgar desempenha uma função primordial perante a ordem vigente, visando um objetivo maior, que é a pacificação social. Antes de qualquer objetivo específico, busca-se a pacificação social por meio da eliminação de conflitos entre as pessoas. Para tanto, tais conflitos intersubjetivos de interesses devem ser regulados pelo Direito, sob pena de colocar em risco a própria manutenção da vida em sociedade.

Nesse quadro, o Direito Penal apresenta-se como um dos instrumentos (na verdade o último) a serviço do Estado para a proteção da convivência humana em sociedade. Trata-se de importante mecanismo de prevenção e repressão para a garantia da manutenção da paz jurídica. Quando o Direito Penal falha na sua função de prevenir infrações penais surge o injusto típico consubstanciado numa conduta humana voluntária, finalisticamente dirigida, que lesiona ou expõe a perigo o bem jurídico penalmente tutelado (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 30).

Mas o Direito Penal não basta por si só para a aplicação da pena cominada ao delito praticado, porquanto lhe falta a característica da coerção direta. A pena criminal prescinde do processo penal. Mais que efeito jurídico do delito, a pena é um efeito do processo. Existe, por assim dizer, uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que se complementam na função de pacificação social. Ademais, estando o poder punitivo, quase sempre voltado à expansão, não se pode admitir a sua dispensa ou relativização no contexto de uma cultura democrática (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 31).

Como visto em linhas anteriores, no Brasil a persecução penal

15 A persecução penal é uma função primordial e obrigatória do Estado, com isso, funções como investigar, processar e punir o agente do crime cabem aos órgãos constituídos do Estado, através da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

é bifásica, porquanto o processo penal é composto pelas fases da investigação penal e da ação penal. A investigação penal enquanto expressão do processo penal revela-se como um dos instrumentos (certamente o mais contundente) a serviço da concretização da tão almejada paz social. Estando o ambiente social turbado pela existência de conflitos, o Estado se vale do sistema processual penal para a eliminação dos conflitos e devolução da paz desejada à sociedade. Isso significa que a instrumentalidade da investigação penal possui múltiplas funções que podem ser sintetizadas em duas facetas. Uma vinculada aos deveres de proteção do Estado - vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados. E outra vinculada às proibições de excesso - proibição de que a persecução penal ocorra de forma desproporcional e abusiva. A isso se dá o nome de instrumentalidade constitucional. É o processo penal a serviço dos valores constitucionais.

Em virtude disso, a instrumentalidade da investigação penal não significa necessariamente que ela seja um mecanismo a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão acusatória. Resumir o processo a isto seria desconsiderar todo um sistema de direitos e garantias que informam o processo penal. Muita além da mera satisfação acusatória, o processo apresenta uma função constitucional voltada a instrumentalizar o projeto democrático-constitucional. A sua finalidade primordial aproxima-se muito mais da maximização da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do que um instrumento político de segurança pública ou defesa social a serviço exclusivo da acusação (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 41-42).

Roxin (2010, p. 4-5) assinala que o processo penal tem natureza complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento desprovida de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão. Dentro dessa concepção garantista e democrática de processo não é permitido limitar a função do processo penal e tampouco da investigação criminal à pretensão acusatória ou à formação da convicção do titular da ação penal pública.

Nessa linha, a investigação policial enquanto atividade essencial e exclusiva de Estado, visa, primordialmente, apurar e confirmar os fatos narrados na notícia crime, isto é, a autoria, materialidade e circunstâncias da infração penal. Trata-se de atividade voltada a produ-

ção de provas e de elementos de informação direcionados a subsidiar a tomada de decisão de todos os atores do sistema de justiça criminal – Juiz, Ministério Público, investigado, vítima, o que demonstra a necessidade de que seja desenvolvida de forma técnica, isenta, imparcial e desvinculada de interesses futuros.

Por isso, pode-se qualificar como um reducionismo incoerente e antidemocrático a ideia de que a investigação criminal se destina a produzir elementos para o Ministério Público avaliar se propõe ou não a ação penal. A possibilidade de o órgão acusador presidir procedimentos investigatórios não pode se legitimar com base na ideia de que é instrumento exclusivo para balizar a sua decisão de atuação. Com efeito, além de sua função de esclarecimento do fato, a investigação penal possui muitas outras funções.

A função garantidora liga-se à ideia de que o desenvolvimento da atividade de persecução penal no curso de um procedimento oficial, escrito e formalizado garante ao investigado todo plexo de direitos e garantias individuais, inclusive o de se evitar uma investigação infundada em juízo. Pode-se identificar, também, uma função cautelar consistente na garantia colheita oportuna das provas e dos elementos indiciários da prática da infração penal (que evidentemente servirão ao sistema de justiça e não apenas ao *Parquet*). Por fim, há uma função simbólica ligada ao fato de que a instauração da investigação preliminar contribui para o restabelecimento da tranquilidade social abalada com a prática do delito.

Nessa perspectiva democrática, a investigação penal pode revelar-se útil e, às vezes, até necessária para outros atores do processo. À guisa de exemplo pode-se mencionar o interesse da vítima em utilizar os elementos de prova produzidos na investigação para a obtenção da indenização contra a lesão sofrida. De igual modo, o investigado tem interesse em provar a sua inocência o quanto antes, pois a ação penal tem um grau estigmatizante maior do que a investigação preliminar. Enfim, são múltiplos os interesses envolvidos na investigação preliminar, de modo que é mais acertado dizer que ela é um instrumento a serviço do projeto democrático-constitucional e de todos os atores do sistema de justiça criminal.

6. CONCLUSÕES

O Estado Social e Democrático de Direito convive num ambiente de ambivalência penal. De um lado, apresenta-se o dever estatal de proteção consistente na obrigatoriedade de o Estado implementar, ante a agressão de direitos humanos ou fundamentais, uma investigação séria e exaustiva, reputando ilícita a sua omissão - vedação da proteção deficiente. Tal dever é uma decorrência lógica do direito constitucional à segurança pública e uma imposição do direito internacional dos direitos humanos. De outro, tem-se que a realização desse dever encontra limites não ultrapassáveis nos próprios direitos fundamentais, que se caracterizam por garantirem um *status* de liberdade aos cidadãos, impondo aos órgãos e poderes do Estado o dever de sua concretização - proibição do excesso.

Para o cumprimento dessas tarefas o Estado utiliza-se do instrumento constitucional denominado de processo penal. Este desenvolve-se no ambiente do sistema inquisitivo-garantista que tem como pedras de toque a separação de funções e o controle externo - mecanismos de freios e contrapesos. Com efeito, sem separação de funções não há processo válido e justo e sem controle externo não há investigação penal constitucional e legítima. Na quase generalidade dos casos, o processo desenvolve-se em duas fases. A primeira por meio da investigação penal e a segunda pela ação penal. Portanto, tais pedras de toque informam as suas duas fases. Na primeira concretiza-se o dever constitucional de investigar as condutas violadoras dos bens jurídicos penais e, entre outras coisas, realiza-se um filtro técnico-jurídico com o objetivo de evitar que o caso caminhe para a segunda fase amparado em acusações infundadas e injustas - desprovidas de justa causa.

Desse modo, constitui-se em reducionismo antidemocrático e inconstitucional a ideia de limitar a função da investigação penal à colheita de elementos para a instrução de futura ação penal. Assim como a prova obtida na fase da ação penal não tem dono, os elementos indiciários e probatórios coletados durante a fase investigatória também não tem. Pertencem ao processo penal e servem a todos os atores do sistema de justiça criminal: defesa, juiz, acusação, vítima, entre outros. Pelo mesmo motivo não há que se falar em dono da lide (*dominus li-*

tis). No sistema de partilha de funções, o poder é sempre do Estado. O seu exercício é que pode ser conferido aos órgãos e instituições públicas. Tanto é assim que foi garantido aos cidadãos, por meio de cláusula pétrea, o direito à ação penal privada nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada pelo órgão de acusação no prazo legal (art. 5º, inc. LIX).

Nesse diapasão, afigura-se mais correto referir-se à função constitucional-democrática da investigação penal. A instrumentalidade constitucional-democrática da investigação criminal manifesta-se na tutela dos valores constitucionais e na democratização de suas funções. O velho paradigma de instrumentalização individualista e unidirecional da investigação penal já não se coaduna com o espírito das sociedades constitucionais democráticas. Propõe-se, assim, a adoção de um novo paradigma que reflita os vetores axiológicos do neoconstitucionalismo e das sociedades democráticas. E, essa exigência, não será alcançada com o poder investigatório penal sendo titularizado por partes interessadas na utilização futura de seu resultado. É preciso imparcialidade e isenção em todas as fases do processo penal.

Como se sabe, a investigação-acusação busca elementos aptos a instruir a propositura de uma futura ação penal. De outro lado, a investigação defensiva destina-se a encontrar argumentos que possam demonstrar a ausência de justa causa para o trancamento de uma investigação criminal ou para evitar eventual persecução penal em juízo. A Polícia Judiciária não busca a sustentação de teses de acusação ou de defesa. Atua na busca da verdade real e de forma desvinculada do interesse em inocentar ou acusar o investigado da prática de uma infração penal. Nesse sentido, a fase investigativa é uma garantia para o cidadão, pois a Polícia Judiciária não é e nem será parte numa futura e eventual ação penal (CABRAL; SOUZA, 2012, p. 23). Há um nítido papel garantidor da investigação penal conduzida pela Polícia Judiciária, na medida em que é instrumentalizada em prol da defesa dos direitos fundamentais, impedindo que cidadãos sejam colocados na condição de réus sem o mínimo de elementos probatórios que justifiquem a mudança do *status* de mero investigado para o de acusado (BARBOSA, 2013, p. 76).

Diante de todo o exposto, entre a investigação-acusação (proi-

bição do excesso) e a investigação-defesa (vedação da proteção insuficiente), a investigação policial tem como objetivo o esclarecimento do fato supostamente criminoso e não a instrumentalização de atividade processual penal futura como as anteriormente mencionadas. Assim, parece atender ao princípio democrático, à cláusula republicana e ao Estado Constitucional, na medida em que se revela isenta, imparcial e desvinculada de interesses futuros.

BIOGRAFIA DO AUTOR:

THIAGO MARCANTONIO FERREIRA

MESTRE EM DIREITO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, UNICEUB (2021). ESPECIALISTA EM CIÊNCIAS PENAIS PELA UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, UNISUL (2008). GRADUADO EM DIREITO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO, UNITOLEDO, ARAÇATUBA/SP (2001). DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. ATUOU NA DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM PRESIDENTE PRUDENTE/SP, NA CORREGEDORIA-GERAL DE POLÍCIA FEDERAL, NO GABINETE DA DIREÇÃO-GERAL DA POLÍCIA FEDERAL E NA DIRETORIA DE INVESTIGAÇÃO E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO. COORDENADOR DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO NA DIRETORIA DE GESTÃO DE PESSOAL (2018). CHEFE DA DIVISÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS E POLÍTICOS (2018/2019). CHEFE DA DIVISÃO DE REPRESSÃO A CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE E PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA POLÍCIA FEDERAL (2019/2020). COORDENADOR-GERAL DE POLÍCIA FAZENDÁRIA SUBSTITUTO (2019/2020). ACESSOR ESPECIAL DO MINISTRO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (2020). DIRETOR DE INTELIGÊNCIA NO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (2020/2021). ATUALMENTE É COORDENADOR DE PROTEÇÃO À PESSOA NA DIRETORIA EXECUTIVA DA POLÍCIA FEDERAL.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BARBOSA, Adriano Mendes. Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio. *Investigação Criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao*

direito penal: Fundamentos para um sistema penal democrático. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques. *Manual Prático de Polícia Judiciária*. Salvador: Jus Podium, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 166, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (sentença de 4.07.2006). Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 20 de jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Garibaldi vs. Brasil* (sentença de 23 de setembro de 2009). Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em 20 de jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outro* (Caso Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (sentença de 24 de novembro de 2010). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 20 jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.051* (Maria da Penha Maia Fernandes). Relatório n.º 54, de 4 de abril de 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso 20 jan. 2020.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz. *Limites Constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et. al. 3.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitivo? *Revista Civitas*. v. 10, n. 2., p. 293-308, maio/ago. 2010.
- LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 97, p. 03-14, set./out. 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 103, p. 5-26, jul./set. 1989.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lúcio (coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ROXIN. Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004.
- ROXIN. Claus *Derecho processual penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.
- SANNINI NETO, Francisco. Polícia Judiciária e a devida investigação criminal constitucional. *Revista Jus Navigandi*. Ano 17, n. 3350, set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22533>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- SANTOS, Célio Jacinto. Art. 1º Esta lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e da insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 47, p.

60-122, mar/abr. 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



INFORMAÇÕES ADICIONAIS E DECLARAÇÕES DOS AUTORES

(*integridade científica*)

Declaração de conflito de interesse: O(s) autor(es) confirma(m) não haver conflitos de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: Todos e apenas os pesquisadores que atendem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são integralmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de originalidade: O(s) autor(es) assegura(m) que o texto aqui publicado não foi previamente divulgado em qualquer outro local e que a futura republicação apenas será feita com expressa referência desta publicação original; também atesta(m) que não há plágio de material de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR (ABNT BRASIL)

FERREIRA, T. M A instrumentalidade constitucional-democrática da investigação penal.. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, vol. 13, n. 9, p. 289-319, maio-ago. 2022.

<https://doi.org.br/10.31412/rbcp.v13i9.899>



ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA COM UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃOCOMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL.