

# O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO: ANÁLISE DA ESTRUTURA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM DEZ PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL

*Nelson Edilberto Cerqueira*



## RESUMO

Analisamos como está estruturada a investigação criminal na América do Sul de língua latina, com foco na concepção legislativa do procedimento prévio à ação penal (não foram consideradas as visões doutrinárias e judiciais). Elegemos oito questões, cuja resposta nos permite visualizar a estrutura de cada ordenamento. Buscamos verificar qual o status do tema no seio legislativo (se tema constitucional ou infraconstitucional); a quem é deferido o poder de presidir a investigação; quais os limites impostos ao presidente das investigações – (impedimentos que se aplicam à pessoa do investigador e aqueles que se aplicam ao seu poder de agir); qual o nível de participação conferido ao investigado e; qual o formalismo para arquivamento do apuratório (com destaque para a utilização do processo de investigação como instrumento de prestação de contas à comunidade).  
Palavras-chave: Investigação Criminal. América do Sul. Comparativo.

## INTRODUÇÃO

Está em curso, no Congresso Nacional, projeto de lei para alteração do Código de Processo Penal, sendo o inquérito policial um dos tópicos em discussão.

Esse instrumento tem sido apontado como anacrônico, burocrático e outros conceitos depreciativos.



Com intuito de aferir a necessidade e eficiência do processo prévio à ação penal, consultamos a legislação de nove países (Venezuela, Colômbia, Peru, Equador, Chile, Bolívia, Paraguai, Argentina e Uruguai), além da legislação pátria.

Nosso objetivo é verificar se o inquérito policial se quadra no ambiente democrático e se sua utilização está dentro dos parâmetros aceitáveis para restrição de um dos mais caros direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, qual seja: a liberdade.

O Estado Democrático se caracteriza pela distribuição do poder, de tal modo que um ente não pode possuí-lo em tão elevado grau que possa colocar em risco o exercício de sua parcela de poder pelos demais (entes). Em outras palavras: a limitação do poder conferido aos agentes do Estado é condição sem a qual não há liberdade. Quanto maior a possibilidade de se fazer aquilo que bem lhe aprouver, menor o grau de limitação conferido ao Estado. Assim e em se tratando de limitação (exceção à regra geral do fazer o que quiser), deve ser o mais objetiva possível, de tal modo que a exceção não se torne regra, por força de interpretações.

A liberdade de locomoção e de estar no local desejado, quando e como desejado, é um dos bens de maior apreço nos dias atuais. Uma das formas de limitação desse direito e, talvez, a mais gravosa, é a imposição de sanção penal ao indivíduo, que não só poderá restringir sua liberdade de locomoção e de estar; como também pode – e geralmente o faz – cercar o direito ao trabalho, à reputação social, à tranquilidade e a outros bens morais e sociais que compõem a dignidade humana.

A investigação criminal é o primeiro passo nessa escalada pela restrição da liberdade e, quando mal elaborada, poderá delimitar todo o seu curso, causando elevado, ou irrecuperável, prejuízo ao cidadão. Se expressado em um dito popular, poderíamos dizer que “pau que nasce torto, morre torto”.

Nesta reflexão, buscamos conhecer como os regramentos jurídicos de dez países da América do Sul tratam do tema. A quem conferem o poder de dirigir a investigação e quais os limites a esse poder.

A análise se limita ao conjunto legislativo do poder investigatório (pois nessa etapa da confecção da norma, há sempre busca pelo equilíbrio das diferentes visões de mundo das concepções políticas em atuação). Não buscamos as crises internas do exercício do poder (como os dispositivos são, de fato, implementados). Nosso objetivo é verificar se há preocupação com o equilíbrio democrático na distribuição do poder investigatório e quais mecanismos para seu controle.

O que buscamos é conhecer se subjaz, quando da elaboração das normas (momento de discussão sobre a distribuição do poder), preocupação com a definição do papel de cada instituição envolvida no processo investigatório e se a distribuição dos poderes, nessa fase, tem por fundamento a preocupação com a garantia da liberdade.

Nesse contexto, o caderno apuratório, no Brasil denominado inquérito policial, é o termômetro para aferição do grau de transparência da atividade estatal investigativa. Por isso, sua forma de confecção revela o grau de liberdade democrática vivenciada pela sociedade.

A riqueza de detalhes de cada uma das legislações examinadas (muitas vezes alteradas no exercício diário – práxis - ou por entendimento judicial) poderia levar a uma infundável exposição dos diversos modelos. Por isso, elegemos oito proposições, como uma espécie de roteiro, capaz de revelar a espinha dorsal dos diversos modelos de investigação criminal, mas de forma rápida e objetiva.

## **1. PREVISÃO LEGAL PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Ainda que a liberdade (em suas diversas formas de expressão) possa ser percebida como o bem em risco, também outros bens de elevado valor para o cidadão contemporâneo podem estar ameaçados tão só pela investigação criminal; e mais ainda pela consequência posterior – ajuizamento de ação criminal.

Assim e sendo a constituição o espaço para indicar como o Estado protege os principais bens de seus cidadãos, temos por intuitivo iniciar a visão sobre o sistema a partir do texto constitucional.

Seis países consideram o tema como “estrutural” (BRASIL, CHILE, COLÔMBIA, EQUADOR, PERU e VENEZUELA) e por isso o inserem na Carta Maior. Os quatro outros países (ARGENTINA, BOLÍVIA, PARAGUAI e URUGUAI) consideram o tema como sendo “técnico” e, por isso, o incluíram apenas em seus códigos processuais penais.

Interessante observar que dos países que não incluem o tema “investigação criminal” em seu corpo constitucional, somente a BOLÍVIA adotou o modelo analítico de constituição; sendo que os três outros países adotam modelo sintético (quando o legislador constituinte se preocupa somente com a estrutura clássica das garantias, poderes e limitações do Estado frente ao cidadão).<sup>1</sup>

Já sob o âmbito infraconstitucional, todos os dez países possuem uma etapa prévia à ação penal, que embora recebendo nomes diversos, poderia ser nominada como investigação criminal.

Com fulcro nessa constatação podemos afirmar que a investigação criminal é atividade típica de Estado, porque está relacionada à restrição de direito fundamental. Por isso é pertinente que esteja abrigada na Carta Magna

A inclusão do tema na constituição significa elevá-lo à categoria de elemento primordial à existência do próprio Estado, pois “*a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*” (SILVA, 1992).

---

<sup>1</sup> *Emprestamos de Alexandre de Moraes (2000) a diferenciação entre os modelos de constituição: “As constituições sintéticas prevêem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando o seu poder, por meio de estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norteamericana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988)”.*

Outra afirmação decorrente do suprarreferido é que o tema “investigação criminal”, como um dos limitadores do princípio da liberdade, tende a ser regrado no corpo da constituição, quando adotado o modelo analítico (ou programático), porque é o primeiro instrumento do Estado para a supressão prolongada da liberdade.

## 2. DOS ÓRGÃOS AOS QUAIS É CONFERIDA A RESPONSABILIDADE PELA INVESTIGAÇÃO

O presidente da investigação e sua independência, é peça fundamental para o desenvolvimento do trabalho investigativo, na medida em que conta com o critério relativamente discricionário da oportunidade e conveniência (qual ato realizar e em que momento).

De qualquer modo, a fixação do sistema investigatório e a definição do seu principal ator (o presidente da investigação) não deixam dúvida, mais uma vez, de que se trata de atividade típica de Estado e que não pode ser exercida por particular ou por qualquer outro órgão estatal, senão diante de existência de lei específica e no mesmo grau hierárquico que a que delimita o procedimento e os envolvidos (no caso brasileiro e dos países que incluíram a previsão em sua Carta Magna, por regra constitucional).

Na constituição colombiana, por exemplo, seu artigo 250 descreve com ricos detalhes as atribuições do Fiscal Geral e seus delegados. No número 8, vemos expresso sua função de polícia judiciária: “8. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale La Ley*”.

Nesse país (Colômbia), a investigação está a cargo do Fiscal Geral e seus delegados. E, por se tratar de sistema diferenciado, destacamos que ao Ministério Público é atribuída **função diversa**, caracteristicamente na defesa da lei e das instituições governamentais (moralidade administrativa). E no mister de fiscal da lei, intervêm tanto na Administração Pública (aplicando pena disciplinar e demissão,

inclusive), quanto no curso de ações penais e civis (mas sempre como *custus legis* e não como parte). Sua missão, em defesa do patrimônio público e da probidade conta com autorização, inclusive, para atuar como polícia judicial, nessa matéria (art 277, 10).

O Ministério Público atua, portanto, como uma espécie de corregedor dos vários ramos do poder. No curso da investigação e ação penal, suas funções estão bem estabelecidas no artigo 111 da Lei 906/2004 (e posteriores alterações), restando evidente seu caráter de órgão de controle da polícia, do fiscal e inclusive do juiz. A única exceção de atuação direta na ação penal se dá quando se trata de investigação relativa a funcionário público, em decorrência do sistema acima mencionado.

Na Argentina e no Uruguai a titularidade da investigação é deferida ao Juiz, valendo ressaltar que no caso argentino pode o magistrado deferir a investigação diretamente ao fiscal (em casos, por exemplo, como de autoria indefinida, extorsão mediante sequestro – artigo 196 *bis*).

Na Bolívia, Chile, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela a condução das investigações é deferida ao Ministério Público, sendo o “Fiscal” (funcionário do Ministério Público encarregado da investigação e ação penal) sempre auxiliado diretamente pela polícia judiciária.

No Brasil, por fim, a direção da investigação está explícita no artigo 144 da Constituição, conferindo tal mister ao delegado de polícia.

Vemos, portanto, que não há unanimidade sobre a presidência da investigação; *mas todos os ordenamentos examinados definem seu titular.*

Outro fator comum, é que todos os presidentes do apuratório são inclusos no rol dos profissionais do direito.

A observância da Lei é o mecanismo mais eficaz para proteção da soberania. Afinal, também se detecta entre os órgãos do Governo o mesmo fenômeno apontado por Rousseau, em sua obra **Contrato So-**

cial, quando aduz ao conflito entre Governo e Soberano: “*Assim como a vontade particular age sem cessar contra a vontade geral, o Governo despende um esforço contínuo contra a soberania*”.

**A apropriação da investigação por órgãos que não foram expressamente autorizados por Lei (inclusive com regramento do procedimento) implica, a longo prazo, na transformação do Estado em “estado policialesco”, trazendo ao cidadão insegurança quanto à manutenção de sua liberdade.** Isso porque o procedimento instaurado por esses órgãos não se atém aos limites impostos àqueles encarregados da investigação. Foi por isso que centramos a análise na concepção legislativa, pois essa é a seara própria para a discussão do equilíbrio (concessão do poder e dos “freios” desse poder).

O fenômeno da apropriação de funções geralmente surge quando há desencanto com a inoperância dos órgãos legitimados. E a inoperância, via de regra, é concebida como consequência do excesso de restrições (não aceitação dos “freios” impostos quando da criação da norma).

Nesse passo (na fixação clara do agente estatal encarregado das investigações e seus limites de atuação), o projeto de reforma do código processual penal brasileiro, em análise pelo Congresso, se alia aos demais ordenamentos, deixando explícito que o responsável pela investigação é o delegado de polícia (art. 18). Mais que isso, traça normas mais precisas quanto ao procedimento investigatório, dedicando, como os demais países, maior atenção a essa importante fase da persecução penal.

Atualmente, são dedicados apenas vinte artigos (título II) para regramento da fase pré-judicial: muitos deles já superados pelas constituições que se sucederam após sua entrada em vigor. O projeto contempla a inserção de um título dividido em quatro capítulos, com 32 artigos, onde são delineados os contornos da investigação criminal, desde a justa causa para instauração até seu arquivamento, ou subsídio para instrução da ação penal.

A substituição da expressão “autoridade policial” para “delegado de polícia” é um exemplo de preocupação com a clara definição do agente estatal que tem poderes para interferir na liberdade do cidadão, na “fase administrativa” da persecução criminal.

Na Europa também pode ser verificado o fenômeno e a discussão é acalorada sobre o tema, como revela Jean-Claude Monet (2002, p. 118-119):

*A ligação integral das atividades de polícia criminal com as das autoridades judiciárias deveria logicamente acarretar a dos homens que as empregam. As liberdades individuais não estariam com isso forçosamente mais garantidas. Mas isso frearia, provavelmente, as intrusões demasiado ostensivas dos governantes em negócios criminais que o tocam de perto ou de longe. Mas os Estados marcados por longo período de governo autoritário como a Espanha, a Grécia ou a Itália manifestam uma forte repulsa diante de tudo o que poderia parecer um ‘governo dos juizes’ a moda americana. Como, por seu lado, os profissionais da polícia estão certos de estar mais ‘cobertos’ em caso de necessidade, por um chefe de polícia ou um ministro do interior do que por um procurador ou um juiz de instrução, o debate sobre uma eventual ligação dos homens da ‘criminal’ com as instâncias judiciárias, que ressurge periodicamente na França há um século, não está perto de receber uma solução.*

Importa asseverar, nesse ponto, que o delegado de polícia é fruto do Poder Judiciário. Da obra de Carlos Fernando Mathias (2009), colhemos que até o Século XIX as atividades de preservação da ordem pública eram comandadas por juizes. Colhemos, ainda, que o código processual criminal, com a inovação trazida pela Lei nº 261 (03 de dezembro de 1841), conferia atribuições judiciárias à polícia; atribuição que se manteve até a criação do inquérito policial, em 1871. O delegado de polícia, no sistema pátrio, é derivado da organização judicial, como uma especialização das diversas atividades judiciais. Dessa forma, não é elemento estranho ao conjunto de atores que se encarregam da presidência da investigação.

A preocupação de todos os países em definir o presidente do apuratório é um claro indicativo de que, ainda que persista o debate em nível acadêmico, doutrinário ou legislativo, não se pode descaracterizar o modelo atualmente adotado por interpretação extensiva ou por qualquer outra metodologia que a ciência possa ofertar.

A aceitação da investigação por órgãos não autorizados, assim como a condução do apuratório por quem não designado em Lei, desequilibra todo o sistema de freios e contrapesos que deve reinar entre as diversas entidades que compõem a sociedade; porque a apoderação, geralmente, não vem acompanhada do mecanismo de controle (nosso próximo tema).

O “poder de polícia” é o elemento comum a todos os presidentes da investigação e, por isso, cumpre que se tenha muito claro que pode exercê-lo e quais seus limites de atuação.

### **3. Os MECANISMOS DE CONTROLE DO PRESIDENTE DA INVESTIGAÇÃO**

Se, de um lado, nos preocupamos em identificar mecanismos de garantias para a condução da investigação, por outro, buscamos saber quais os limites dessa atuação: se há controle de prazos, responsabilidade pela má prestação do serviço, controle sobre o que está sendo investigado, por exemplo. Mas não só controle interno (pela própria instituição). Buscamos identificar se existem mecanismos externos de controle do investigador.

Escolhemos três elementos indicadores do controle: mérito do trabalho e escalonamento profissional (hierarquia), isenção de ânimo (neutralidade) e prazo para conclusão (eficiência).

Com base nos ordenamentos verificados, o controle do procedimento investigatório é feito pelo Poder Judiciário, direta ou mediamente. Direta, quando o próprio juízo (Argentina e Uruguai) preside os trabalhos investigativos e mediata quando a presidência dos trabalhos é deferida a órgão diverso do Juízo (ainda que integrante do Poder Judicial, como no caso da Colômbia).

A Bolívia indica em seu texto constitucional a hierarquia como um dos princípios do Ministério Público (art 225, II). Assim também encontramos referência à hierarquia para os sistemas do Chile (art 83), Colômbia (derivada da execução da atividade por delegação) e Peru (art 62 do código processual penal).

A independência funcional, geralmente invocada como repúdio a esse mecanismo, como dão conta expressamente os sistemas adotados nos países acima referidos e reflexamente pelos demais, pode conviver em perfeita harmonia com o princípio da hierarquia.

Nos Estados Unidos da América, a promotoria é um cargo político, na medida em que depende de eleição e é exercido por tempo certo. Seus auxiliares podem ser demitidos, o que implica dizer que estão sob regra hierárquica.

Trata-se de mecanismo típico do sistema democrático, onde os agentes estatais detêm uma parcela do poder, na mesma proporção que devem prestar contas de seus atos. Autonomia técnica não pode significar “irresponsabilidade”, pois nenhum agente estatal está isento do dever de tornar objetiva sua atuação e sujeitá-la à prestação de contas (princípio da publicidade), ainda que seja restrito o rol daqueles autorizados a examinar sua atuação.

Anderson Souza Daura (2009) quando discorre sobre a hierarquia na Polícia Federal proporciona uma ampla visão sobre o regramento das polícias civis do Brasil e em todas as organizações policiais o princípio da hierarquia é tomado como fundamental para a existência da própria instituição. Nem por isso, a autoridade policial, quando no exercício de seu mister de presidir investigações, está sujeita à interferência valorativa (sempre preserva autonomia funcional para estipular quais elementos serão colhidos e o momento de sua colheita). Ao reclamar pela edição de normativo claro sobre regras de hierarquia faz uma advertência que resume a boa coabitação que pode existir entre autonomia e hierarquia. Por sua objetividade e clareza, reproduzimos na sequência: “Por derradeiro, urge fazer uma ressalva: tal fortalecimento das observâncias hierárquicas não pode e não deve interferir na convicção fundamentada dos subordinados em suas atividades”.

O terceiro elemento de controle do investigador é a fixação de prazo para a conclusão dos trabalhos. Na Argentina é de seis meses (podendo ser prorrogado por decisão do Tribunal); na Bolívia é o mesmo prazo, podendo ser prorrogado pelo Juiz de Garantias até 18 meses; no

Brasil varia de 10 dias a 30, conforme esteja preso ou solto o investigado (também com possibilidade de prorrogação); no Chile, de dois anos, podendo sofrer alteração por decisão do Juízo; no Paraguai o prazo é determinado pelo Juízo; no Peru é de 120 dias; na Venezuela, de seis meses.

A fixação de prazo para a conclusão dos trabalhos investigativos representa um dos principais fatores de controle estatal sobre o presidente do apuratório, na medida em que evita que seja o instrumento utilizado para manter o cidadão em situação indefinida, por longo período de tempo, causando insegurança sobre seu futuro. O Estado está legitimado a interferir na liberdade do cidadão, mas deve fazê-lo da forma menos gravosa (no que se inclui o tempo em que isso ocorrerá).

O mecanismo está em sintonia com um princípio que vem ganhando força no Judiciário: a celeridade dos processos. Assim como justiça tardia é sempre injustiça, investigação que se prolonga indefinidamente tende a macular a atuação judicial; porque em relação ao fato já está fadada às máculas provocadas pelo transcurso do tempo.

#### **4. O CONTROLE SOBRE ATOS DE INVESTIGAÇÃO**

A resposta a essa questão tem por finalidade delimitar o âmbito de atuação do presidente da investigação, na colheita dos elementos de prova.

Se os mecanismos incidentes sobre a pessoa do investigador (visto no tópico anterior) têm por escopo garantir celeridade, objetividade dos trabalhos e isenção de ânimo, os mecanismos ora examinados têm por função delimitar o “como” serão colhidos os elementos de prova (qual o grau de violação da liberdade deferido ao presidente da investigação).

Damos enfoque específico à proteção de direitos e garantias fundamentais, notadamente: cerceamento da liberdade, restrição sobre bens, superação de sigilos de comunicação, correspondência, fiscal e bancário. A todas essas garantias denominamos genericamente de Medidas Cau-

telares. Sob roupagens diversas e, com alguma diferença no rito, essas medidas se repetem nos ordenamentos jurídicos estudados.

Todo ato de investigação que importe superação de garantia dos direitos fundamentais deve ser mediado pelo Poder Judiciário. O que encontramos são algumas variações sobre o limite das garantias.

Por exemplo, na Argentina, o investigado presta declarações somente ao Juízo, sendo nulo se colhida pela polícia, ou Ministério Público. Na Colômbia, a interceptação do fluxo de comunicações pode ser determinada pelo Fiscal (que integra o Poder Judicial), mas com imediata comunicação ao Juízo, que pode interromper e tornar nula a medida. A colheita de material corporal é admitida em alguns países (modelo paraguaio, por exemplo) e, nesse caso, somente com ordem judicial.

De forma uníssona, é o Poder Judiciário que decide sobre restrição à liberdade e a constrição de bens materiais (prisão, busca e apreensão, sequestro, arresto). Em regra, o Estado define quais os direitos fundamentais do cidadão e, a partir daí, somente ao Poder Judicial confere poderes para superá-lo (em consonância com as convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos)

Na Argentina, Bolívia e Chile, por exemplo, é admitida a incommunicabilidade do investigado, por exíguo período de tempo.

Esse é outro fator que aponta que a investigação criminal é ação típica de Estado e somente pode ser realizada pelos órgãos expressamente autorizados por Lei. Ao delimitar quais medidas cautelares podem ser deferidas, pelo Juízo, automaticamente se fixam regras para sua execução e é constituído um órgão específico para sua realização. **Esse sistema dá garantias ao cidadão de que somente em razão de investigação criminal é que pode ter seus direitos fundamentais superados** e não para atendimento de pretensões outras: como pagamento de tributos, por exemplo.

A única exceção a essa regra de prévia mediação judicial é a prisão em flagrante de delito, quando autorizada a prisão e a colheita de elementos de prova, sem prévia autorização do juízo, por exemplo. Esse fenômeno também é uniforme em todas as legislações.

A variação mais acentuada, nesse aspecto, é a comunicabilidade ao Juízo, no Brasil, sem a necessária apresentação do preso (o que normalmente acontece nos demais ordenamentos, se bem que nem sempre imediata).

De todo modo, no Brasil, ao analisar as peças do flagrante que lhe são apresentadas imediatamente após o ato, o Juízo pode determinar a imediata apresentação do preso, o que redundará em sistema muito similar aos demais.

Em todos os ordenamentos, o ato (prisão em flagrante e colheita dos elementos encontrados no local do crime, inclusive com inserção em domicílio sem prévia autorização do juízo) sempre está rigorosamente regido pelo instituto da imediata comunicação. Trata-se de providências que demandam imediata atuação e a polícia (ou qualquer do povo, a depender da situação) é que tem condições de dar imediata resposta ao gravame causado pelo delinquente, fazendo cessar o delito, ou apreendendo aquele que o cometeu, de tal modo que a proximidade entre o cometimento do delito e a externalização de sua autoria possa servir como elemento de prevenção geral ao crime, além da imediata resposta estatal, que exige atos executórios – típicos da atividade policial.

Importa asseverar, ainda, que os atos judiciais são sempre mediatos (o que demanda prévio conhecimento da versão das partes). E isso não é possível diante da agressão em curso, que exige pronta ação estatal.

Um último tópico sobre esse tema é a previsão, no projeto de reforma do código processual penal pátrio, do Juiz de Garantias. É uma opção já acolhida por diversos dos ordenamentos estudados (Bolívia, Chile, Peru, Colômbia, Venezuela). Figura inovadora no ordenamento jurídico, que tem por missão atuar exclusivamente na fase investigativa; deixando assente a isenção de ânimo do Magistrado que conhecerá de eventual ação penal, decorrente da concessão daquela medida.

Experiência aproximada ao Juiz de Garantias tem sido vivenciada na cidade de São Paulo, onde a distribuição dos inquéritos é vinculada a um único departamento, encarregado da correção do processo de investigação<sup>2</sup> e que também se encarrega de apreciar as medidas cautelares, incidentes nessa fase da persecução do crime.

## **5. A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA COLHEITA DE ELEMENTOS DE PROVA**

É ponto comum em todas as legislações examinadas a ativa participação do investigado durante a fase investigativa. No entanto, nenhuma contempla a participação como corolário do princípio do contraditório, mas sim como decorrência do princípio da ampla defesa (conhecimento do produzido e pleito de diligências). Nesse sentido também é a lição de Alexandre de Moraes: “*O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado...*” (2000).

Na Argentina, por exemplo, somente o Juízo pode tomar declarações do imputado, sendo nulo o ato se praticado pela Polícia ou Ministério Público.

Na Bolívia, Chile e Colômbia, também como exemplo, é exigida a presença do defensor quando o investigado presta suas declarações.

Mas a ativa participação do investigado não pode significar anulação da ação estatal, que em muitas situações deve permanecer sob sigilo, sob pena de se criar um inquérito de “ficção”. Seja qual for o órgão encarregado da investigação, a regra é uníssona entre os sistemas estudados: havendo prejuízo para a investigação, os atos investigatórios e a própria investigação, não devem ser conhecidos pelo investigado. A medida é consectário lógico da supremacia do bem estar coletivo em detrimento do atuar prejudicial do indivíduo.

---

<sup>2</sup> O procedimento está previsto nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (59.1. A distribuição de natureza criminal, em primeira instância, do Fórum Ministro Mário Guimarães, é realizada pelo Departamento Técnico de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária-DIPO, sob a superintendência do Corregedor Geral da Justiça).

Cabe assentar, ainda que pareça óbvio, que o sigilo das investigações não significa sigilo de instrumentos e seus controles pelo órgão encarregado da investigação ou da fiscalização. Outro ponto de comum contato entre os sistemas.

O projeto apreciado pelo congresso brasileiro dedica os artigos 09 a 13 ao investigado, deixando claro o conceito de “investigado” (09), protegendo o conhecimento de terceiros acerca da investigação (10), garantindo acesso ao produzido, com exceção às diligências em curso que podem ser prejudicadas com seu conhecimento (11), direito a ser ouvido (12) e direito à produção de elementos de prova que o favoreçam (13).

Nesse passo, o projeto se alia às mais recentes inovações legislativas adotadas pelos países vizinhos. Não se trata de instituir uma discussão administrativa prévia à ação penal (razão pela qual não se fala em contraditório), mas de busca de elementos que indiquem claramente a existência de fato típico e seu autor. Em decorrência, não se pode tomar o investigado como objeto da investigação, mas como sujeito e, nessa condição, é intuitivo que o Estado deva proporcionarlhe oportunidade para preservar sua liberdade e sua honra; ou minimizar sua situação diante de uma iminente ação penal.

O direito de ser ouvido é tomado, nos dias atuais, como já incorporado ao patrimônio da humanidade. Nesse sentido se expressa a historiadora norte-americana Lynn Hunt (2009):

*“Os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição e na verdade sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão. A reivindicação de autoevidência se baseia em última análise num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo”*

## 6. O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O objetivo da investigação criminal não é alimentar ação criminal, mas verificar se houve desestabilização da ordem pública e se há fundamento para infirmar o direito à liberdade de pessoa apontada como seu autor.

Mais uma vez, encontramos um ponto comum em todos os ordenamentos jurídicos. A investigação criminal tem sempre por escopo colher elementos de materialidade e autoria (com suas circunstâncias).

A etapa prévia é medida de cautela, adotada pelo Estado, para evitar que o cidadão seja demandado criminalmente por fato que poderá ser tomado como inexistente (quanto imputado a alguém a prática de ato contrário à aceitação social, o que lhe causaria desprestígio diante de seus pares).

Com isso, **a ação penal pode ser sempre bipolarizada e desenvolver-se, desde o início, sobre o crivo do contraditório**, elemento essencial de toda ação judicial. É a investigação criminal que definirá se há polo passivo definido, ou não. É a indefinição sobre o polo passivo uma das causas que tornam necessária a investigação, pois enquanto assim suceder não há como se falar em ação judicial, que essencialmente demanda pedido e resistência (ou seja, LIDE).

Cediço que a investigação prévia é dispensável quando já disponíveis os elementos de autoria e materialidade suficientes para oferta da denúncia (nesse sentido e, no caso brasileiro, HC 94173/BA, STF).

Da mesma forma que não se faz necessário o prévio procedimento quanto presentes indícios de materialidade e autoria, também a instauração de procedimento investigativo não tem, necessariamente, que resultar em ação penal, mas verificar se houve perturbação da ordem pública. E, nesse caso, quem foi seu autor. Caso se conclua pela inexistência do fato, ou impossibilidade de definição de autoria, o trabalho não terá sido inútil (porque não serviria para subsidiar a ação penal). Ao contrário, forneceu à sociedade a resposta que desejava do Estado (se suas normas de convivência foram violadas, ou não).

Tomamos como exemplo o regramento boliviano, quando delimita no artigo 277 do código processual que o objetivo da investigação será *“la preparación del juicio oral y público, mediante la recolección de*

*todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscoal o del querellante y la defensa del imputado”.*

A consequência decorrente da autonomia do objeto do inquérito é que a investigação prévia não pode ser tomada por eficaz se resultou em ação judicial, ou condenação; mas sim se serviu de parâmetro seguro para aferição da necessidade de movimentar a máquina judiciária contra a liberdade individual.

Por consequência, o inquérito se mostra como uma espécie de “filtro”, evitando sobrecarga do Poder Judiciário com ações penais fadadas ao fracasso, em razão da licitude da conduta, ou mesmo pela existência de causas excludentes da tipicidade, que podem ser detectadas com segurança na etapa prévia.

Esse aspecto reforça a necessidade de ânimo isento do presidente do apuratório e que o produto de seu trabalho seja demonstrado de forma objetiva, sujeito a auditoria social. Se não houve crime e isso resultar plenamente demonstrado, a sociedade terá alcançado resposta a uma indagação formulada quando da prática de ato anormal (ou tido como tal).

Por isso, temos que o objeto da investigação é autônomo, não sendo vinculado a uma ação penal, mas sim ao reclamo social por segurança.

## **7. ATOS PRÓPRIOS DA POLÍCIA**

Com essa questão procuramos delimitar diferenças entre atos de investigação e presidência do processo de investigação, examinando se o exercício da coordenação dos trabalhos implica, ou não, a realização dos atos investigativos; e dentre eles, quais são próprios do presidente e quais são realizados por terceiros.

A questão é fundamental porque possibilitará responder a uma indagação prática: pode haver ascensão ao cargo de presidente da investigação por aqueles que praticam atos de investigação (se podem

fazer parte, porque não podem fazer o todo?) ou existe um diferencial que os coloca em terrenos separados, ainda que não opostos, mas com cargos de natureza diversa?

Em todos os ordenamentos examinados, os atos executórios de investigação são realizados pela polícia, a exemplo de vigilâncias, proteção e colheita de elementos de prova no local de crime, entrevistas, localização de pessoas, revistas pessoais, em veículos ou residências...

A par de atos de investigação, também identificamos em todos os ordenamentos jurídicos a elaboração de estudos técnicos (perícia) como especialidade de corpo técnico ou de profissionais especialmente selecionados ou contratados para tal finalidade.

Há, pois, uma nítida diferença entre a presidência da investigação e a execução de atos de investigação e de atos técnicos, auxiliares do presidente dos trabalhos. De fato, tanto o profissional de polícia quanto o profissional de conhecimento técnico científico têm como foco principal a colheita e exame de elementos de prova, que não se confundem com a adequação de tais elementos ao ordenamento jurídico e a definição de quais elementos são necessários para atendimento ao regramento jurídico.

Essa é a função do presidente da investigação: definir quais elementos de prova devem ser buscados, em qual momento e de que modo. E para isso, necessita ser habilitado em ciências jurídicas; mas ao mesmo tempo, ter conhecimento de todas as técnicas e instrumentos utilizados por quem o auxilia. De fato, não é necessário, por exemplo, que tenha experiência em realizar vigilância móvel (essa atribuição é relativa à técnica policial), mas lhe é exigido que saiba se esse instrumento é necessário, ou não, para chegar-se à verdade real e qual sua potencialidade e oportunidade para a descoberta da verdade.

Essa conclusão também foi externada por Monet (1986, p. 115) quando afirma que:

*“Em todos os países do mundo, as forças policiais se vêem confiar – entre outras atividades – a tarefa de buscar infrações à lei penal, identificar e prender seus autores, reunir indícios e provas, e enviar à justiça os suspeitos e os resultados de suas investigações”.*

Verificamos que há nitidez entre os ordenamentos examinados no sentido de que o presidente da investigação deve ser integrante do rol dos profissionais do direito e que não se incluem, nessa exigência, os responsáveis pelos atos de investigação ou análise pericial.

## **8. O ARQUIVAMENTO COMO PRESTAÇÃO DE CONTAS**

O ritual de arquivamento do procedimento apuratório é de fundamental importância para revelar o modo de prestação de contas (transparência) sobre o trabalho investigativo. Isso, ao indicar qual o destinatário final do processo prévio à ação penal: se ele é destinado exclusivamente ao titular da ação penal, ou se é destinado à sociedade e, portanto, sujeito ao controle por órgão diverso, além dos interessados diretos (investigado e vítima).

O ordenamento jurídico dos países vizinhos dá especial atenção à vítima no momento do arquivamento, facultando-lhe, inclusive, direito de recorrer contra a decisão tomada nesse sentido.

Ninguém mais que a vítima pode expressar desencanto com o Estado quando uma investigação é mal conduzida, ou mesmo, que não se queira punir o agressor. Afinal, o Estado tomou para si a responsabilidade de retomar a paz social, impedindo que o indivíduo o faça com suas próprias forças.

O arquivamento, quando demonstrada a inexistência do fato, deixa expresso que não houve perturbação da ordem pública, ou que o comportamento adotado pelo apontado autor também pode ser adotado pelos demais cidadãos. Pode revelar, inclusive, a necessidade de atualização do sistema penal (quando o agir não pode ser tipificado criminalmente, mas ofende a paz social), a exemplo do que ocorre nos crimes cometidos por meio da internet.

De outro lado, o investigado pode rebelar-se contra decisão Estatal autorizativa da ação penal, sem fundamento sólido para tanto e pleitear seu imediato arquivamento (no Brasil, recente reforma legislativa determina a oitiva do investigado antes da aceitação da denúncia, o que está em sintonia com esse pensamento).

O artigo 38 do projeto em comento impõe a comunicação do arquivamento à vítima, investigado e ao delegado de polícia, tornando possível que a decisão seja objeto de crítica e eventual recurso, pela vítima ou ofendido; ou diligências posteriores, pela polícia e que possibilitem a descoberta de fatos novos, justificadores do desarquivamento e eventual reapreciação dos fatos. É instrumento de prestação de contas e eleva o ordenamento pátrio ao mesmo nível de transparência dos códigos mais atualizados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para cada tema revelador da estrutura da investigação criminal (previsão legal, definição de seu presidente, suas limitações pessoais e materiais, participação do investigado, ato de arquivamento), buscamos confrontar as diretrizes adotadas pelos países vizinhos e assim também com a opção ofertada pelo projeto de reforma do processo penal no Brasil, externando nossa opinião sobre a sintonia, ou não, com os demais países e, sobretudo, com a sua viabilidade de como instrumento democrático.

Agora, poderemos concluir se o modelo preconizado pelo novo código se adéqua ao Estado Democrático de Direito: opção feita pelo Brasil, em sua Carta Magna, mais especificamente no seu primeiro artigo.

Inicialmente, entretanto, cumpre que definamos o que entendemos por Estado Democrático de Direito. E, nesse passo, partimos da ensinança de Alexandre Moraes, quando leciona (com grifo nosso) que “o Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de

reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como **o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais**” (MORAES, 2000, p. 49).

Com base no enunciado, concluímos que na seara da investigação criminal, o Estado se mostra democrático quando bem define o procedimento investigatório (primado da Lei) e oferta ao cidadão, vítima ou investigado, o pleno exercício das garantias constitucionais fundamentais, de tal modo que possa evitar ser processado criminalmente quando inocente.

Observando o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e, ainda, que alguns dispositivos possam ser questionados (como a necessidade de prévia comunicação, pelo delegado de polícia ao Ministério Público, para realização de acareação – medida que poderia frustrar a diligência quando necessária em um flagrante, realizado durante a madrugada, por exemplo), não há como negar que o inquérito policial, conforme concebido no projeto, guarda estrutura baseada no equilíbrio entre “poderes e controles”.

De fato, está delimitado qual agente estatal pode realizar atos que tendem à limitação da liberdade. Tais atos devem estar formalizados em um caderno apuratório (critério objetivo de aferição). Ao mesmo tempo em que conferido o poder de restringir a liberdade, também são estabelecidos mecanismos de controle sobre o ânimo do agente (suspeição, impedimento, prazos), além de rígido controle sobre os atos que importam supressão das garantias constitucionais.

A inexistência do contraditório (reclamada por alguns) não infirma seu caráter democrático, mas faz parte de sua essência: justamente porque sua finalidade é definir se houve fato típico, qual seu autor e circunstâncias; e, por vezes, preservar a ordem pública e econômica (prisão preventiva), assegurar a reparação do dano (sequestro de bens), produzir provas insuscetíveis de repetição ou cuja cautelaridade prepara ou integra a ação penal. Uma vez definidos tais

elementos, não mais se justifica a permanência do apuratório, devendo ser transformado em ação penal, ou arquivado, se concorrerem circunstâncias autorizativas (justificadoras ou excludentes).

A indefinição de materialidade e autoria, entretanto, são perfeitamente compatíveis com o princípio da ampla defesa, razão pela qual a participação do investigado deve ser acolhida desde o instante em que caracterizada tal condição. Sua participação, no entanto, não é dirigida ao presidente da investigação, mas à descoberta da verdade real; daí que não cabem diligências que sejam típicas do contraditório.

A proteção de diligências em curso é natural em todos os regramentos e representa mecanismo natural de defesa do Estado, que viria seu agir sempre frustrado, caso adiantasse ao investigado seu teor. O bom senso recomenda a medida.

Por fim, o ritual de transparência, quando de eventual arquivamento do procedimento, é o último elemento que destacamos como inovação democrática do instrumento, sujeitando-o ao crivo dos interessados diretos e, no Brasil, do órgão defensor da sociedade, o Ministério Público (que o requer, ou recorre se determinado pelo Juízo).

Por esses fatores, temos que o projeto em análise pelo Congresso colocará o Brasil em situação de paridade com os demais países latinoamericanos, que já adaptaram seu procedimento investigatório às regras básicas do sistema democrático.

*Nelson Edilberto Cerqueira*

*Delegado de Polícia Federal, Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Araraquara/SP, bacharel em Ciências da Filosofia (Seminário Diocesano de São Carlos) e Ciências Jurídicas (Faculdade de Direito de São Carlos – FADISC.*

*E-mail: cerqueira.nec@dpf.gov.br*

## **“INQUERITO POLICIAL” AS AN INSTRUMENT FOR DEMOCRACY INVESTIGATION: structural analysis of the criminal investigation in ten countries in South America**

### **ABSTRACT**

This paper aims to analyse how the criminal investigation is organized in South America Latin speaking countries. The focus of this research is based on the legislative conception of previous procedures to penal procedures, whereby doctrines and judicial overviews were not taken into account. The structure of each legal system was analysed according to a survey based on eight questions. The objective was: to verify the importance of the topic within the legislative, that is, if the topic is constitutional or infraconstitutional; who is chosen to be responsible for presiding the criminal investigation; which are the constraints imposed on the investigator, that is, obstacles that are related to the investigator and his right to act; the level of participation granted to the person who is being investigated; and the level of formalism to file the case, in particular to the investigation process as a tool to community accountability.

KEYWORDS: Criminal Investigation, South America, benchmarking.

### **REFERÊNCIAS**

ARGENTINA. *Código Procesal Penal*. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/textact.htm>>. Acesso em 26 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. *Constitución de La República Argentina*. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em 26 de julho de 2010.

BOLÍVIA. *Código de Procedimiento Penal*. Disponível em <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp\\_bol-int-text-cpp.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cpp.html)> Acesso em 18 de agosto de 2010.

BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política del Estado*. Bolivia. Disponível em <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 08 de agosto de 2010.

CHILE. *Código Procesal Penal*. Disponível em <<http://www.leychile.cl/Consulta/listaresultadosimple?cadena=CODIGO+DEL+PROCESO+PENAL&npagina=2&items>>

porpagina=10&exacta=0&orden=0&tipoviene=0&totalitens=551&seleccio  
ado=0>. Acesso em 28 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. *Constitución Política de La República de Chile*. Disponível em <[http://www.diputados.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica\\_2010.pdf](http://www.diputados.cl/camara/media/docs/constitucion_politica_2010.pdf)>. Acesso em 28 de julho de 2010.

COLÔMBIA. *Código de Procedimiento Penal*. Ley 906 de 2004. Modificado por la Ley 1121 de 2006. Disponível em <<http://domiarmo.iespana.es/index-52.htm>>. Acesso em 04/09/2010.

\_\_\_\_\_. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em <[http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index\\_06102009.pdf](http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index_06102009.pdf)>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

COSTA RICA *Pacto de San Jose da Costa Rica*. Disponível em <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/texto065.shtml>>, acesso em 21 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. PLS 156/09. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/74696.pdf>. Acesso aos 21/09/2010

DAURA, Anderson Souza. *Princípios Hierárquicos na Polícia Federal*. Disponível em <[www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br)> acesso em 19 de outubro de 2010

EQUADOR. *Código Procesal Penal*. [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1\\_20080616\\_28.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_28.pdf). Acesso em 04/09/2010.

\_\_\_\_\_. *Constitución del Ecuador*. Disponível em <[http://www.presidencia.gov.ec/remository/LOTAIP/a\)-Estructura-Org%C3%A1nica/Base-Legal/Normas/Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Rep%C3%BAblica/>](http://www.presidencia.gov.ec/remository/LOTAIP/a)-Estructura-Org%C3%A1nica/Base-Legal/Normas/Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Rep%C3%BAblica/>)>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. Companhia das Letras. Tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo. 2009.

MATHIAS, CARLOS FERNANDO. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

PARAGUAI. *Código Procesal Penal de Paraguay*. Disponível em <[http://www.google.com.br/search?q=Codigo+procesal+penal+do+paraguay&btnG=Pesquisar&hl=pt-BR&rls=com.microsoft%3Apt-br%3AIE-SearchBox&rlz=117RNSN\\_pt-BR&sa=2](http://www.google.com.br/search?q=Codigo+procesal+penal+do+paraguay&btnG=Pesquisar&hl=pt-BR&rls=com.microsoft%3Apt-br%3AIE-SearchBox&rlz=117RNSN_pt-BR&sa=2)> Acesso aos 18 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. *Constitución de La República del Paraguay De 1967*. Disponível em <[http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley\\_resultado&id=3913](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley_resultado&id=3913)>. Acesso em 26 de

julho de 2010.

PERU. *Constitución Política del Perú*. Disponível em <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

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

URUGUAI. *Código del Proceso Penal*. Disponível em <<http://www.uruguay.gub.uy/estado/internas.asp?url=55>>. Acesso em 22 de julho de 2010.

VENEZUELA. *Constitución de La República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em <<http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf>>. Acesso em 07 de agosto de 2010.