

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO - PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

JOHNNY WILSON BATISTA GUIMARÃES

**LEGITIMIDADE E CONFORMAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PRELIMINAR NO
MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL**

Belo Horizonte
2016

JOHNNY WILSON BATISTA GUIMARÃES

**LEGITIMIDADE E CONFORMAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PRELIMINAR NO
MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora junto à Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção da titulação de mestre em Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Felipe Martins Pinto.

Belo Horizonte
2016

JOHNNY WILSON BATISTA GUIMARÃES

**LEGITIMIDADE E CONFORMAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PRELIMINAR NO
MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora junto à Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção da titulação de mestre em Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Felipe Martins Pinto.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto
Universidade Federal de Minas Gerais - Orientador

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Dr. Antônio de Padova Marchi Júnior
Universidade Federal de Minas Gerais - Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Felipe Martins Pinto, por ter me mostrado, com maestria, o cuidado que se deve ter com a desconstrução irrefletida. No caminho da minha angústia intelectual, tive a felicidade de ser orientado por este perspicaz e insistente defensor das garantias fundamentais do indivíduo.

Aos Professores integrantes do programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, em especial aos Professores Doutores Andityas Soares de Moura Costa Matos, Bernardo Gonçalves Fernandes, Fabiana de Menezes Soares, Luiz Augusto Sanzo Brodt, Túlio Lima Vianna, Sérgio Luiz Souza Araújo e Thomas da Rosa de Bustamante, pelas excelentes aulas ministradas, por terem contribuído com a expansão da bibliografia utilizada e influenciado os rumos da presente dissertação.

Aos servidores da Faculdade de Direito da UFMG que, com dedicação e eficiência, facilitam o ambiente de estudo na Vetusta Casa de Afonso Pena.

Aos colegas da Pós-graduação, com quem, muitas vezes, compartilhei dúvidas e descobertas do trabalho que agora finalizo.

Com imenso amor, a Ina, meu anjo, que, desde o início do processo seletivo, esteve ao meu lado, apoiando-me e estimulando o trabalho de pesquisa no mestrado.

Ao João Rafael, meu filhote e orgulho, que acompanhou o desenvolvimento dos estudos, como sempre, companheiro.

Agradeço, também, ao Pedro, meu caçula, que nasceu maravilhosamente no período de leituras e dedicação, algumas vezes, desde meu colo, buscando entendimento nas mãos de um pai entregue ao aprimoramento.

“I know not if’t be true; but I, for mere suspicion in that kind, will do as if for surety”.

(William Shakespeare)

RESUMO

O presente estudo analisa a imputação criminal que recai sobre o indivíduo, sujeito à persecução penal, ainda na fase preliminar da instrução. A imputação preliminar é estudada em seus fundamentos, natureza jurídica e repercussões. Os instrumentos normativos que, em regra, delegam o exercício do poder-dever de imputação preliminar às autoridades policiais são examinados. A partir da atual sistemática, discorre-se sobre a autonomia da imputação preliminar entregue à polícia judiciária, propondo-se uma mudança de orientação, com a exclusiva delegação de atribuição da imputação preliminar ao Ministério Público, legítimo titular da *opinio delicti*. Para tanto, adota-se como parâmetro o modelo processual penal italiano da *indagine preliminare*, sobre o qual é realizado breve estudo. A verdade sobre a qual se sustenta a imputação preliminar, baseada em evidências, é criticada, sob várias perspectivas, demonstrando sua fragilidade. Discorre-se, ainda, sobre a concessão de medidas cautelares e assecuratórias, a partir da verdade advinda da instrução preliminar, com efeitos danosos ao investigado e, por vezes, irreversíveis, sem o balizamento defensivo. Durante a pesquisa, o instituto da imputação preliminar é visitado sob o prisma do garantismo penal, tendo como paradigma o Processo Penal Constitucional. Sob este enfoque, a imputação preliminar passa a ocupar posição proeminente na instrução, como mecanismo de restrição a injustificáveis exceções aos direitos fundamentais da pessoa sujeita à investigação e de transparência da situação jurídica do indivíduo submetido à persecução. A justa imputação preliminar é apresentada como condição obrigatória para a concessão de medidas restritivas de direitos fundamentais durante a instrução preliminar. Aborda-se, pormenorizadamente, o indiciamento, ato formal de exteriorização da imputação preliminar, discorrendo sobre sua incipiente normatividade e sobre a atual e indevida tendência de potencialização dos seus efeitos em prejuízo do investigado.

Palavras-chave: Imputação preliminar. Indiciamento. Inquérito policial. Polícia judiciária. Ministério Público. Garantismo penal. Processo Penal Constitucional. *Indagine preliminare*.

ABSTRACT

In this thesis we analyze the attribution of a crime to a person during the law enforcement stage, thus before the beginning of a criminal prosecution. From now on we will refer to the police imputation of a crime to an individual before the prosecution decision to press charges as “premature charging”. We study the grounds, juridical nature, and results of the police premature charging. We also examine the legal framework that grants authority to the police to impute criminal actions to the investigated. From the perspective of the current legal system, we vet the police premature charging, and we propose that only the prosecution is the rightful holder of the *opinio delicti*. In order to complete the analysis, we utilize the Italian criminal procedure guideline about *indagine preliminare*. We critique under various optics the truth over which rests the police premature charging, therefore demonstrating its weakness. Furthermore, we evaluate the issuance of provisional remedies based on premature charges along with its harmful and sometimes irreparable effects to the investigated who is deprived of defense. Throughout this research, we assess the police premature charging in light of the criminal law guarantism theory. Under this approach, the premature charging stands out in the evidentiary stage as a mechanism of unjustifiable fundamental rights’ restriction of the investigated, blurring his defense rights. The police must investigate and elaborate the police report with the utmost fairness, and this fairness is a necessary condition to the concession of provisional remedies that constraints fundamental rights. We address particularly the submission of the police report with criminal charges to the court, the act that manifests the premature charging, as we scrutinize the normativity of the premature charging and the current and undue trend to enhance its effects in prejudice of the defendant.

Keywords: Police attribution of crimes during the report elaboration / Premature charging. Police investigation. Judicial police. Criminal law guarantism. Constitutional criminal procedure. *Indagine preliminare*.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

CPPi – Código de Processo Penal italiano

HC – *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL, UM PARADIGMA	13
2	FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL	17
2.1	NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL.....	17
2.2	ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA	22
2.2.1	Proteção do indivíduo contra acusações infundadas.....	27
2.2.2	Busca do fato oculto?.....	29
2.2.3	Desvirtuada função simbólica	33
2.2.3.1	Função simbólica e sistema penal cautelar.....	38
3	A IMPUTAÇÃO	46
3.1	CONCEITUAÇÃO AMPLA DA IMPUTAÇÃO	46
3.2	A IMPUTAÇÃO PRELIMINAR	47
3.2.1	Das repercussões da imputação preliminar	52
3.2.2	Imputação preliminar entregue aos órgãos de polícia. Regra.....	55
3.2.2.1	A entrega da imputação preliminar ao Ministério Público. Mudança de rota	63
3.2.3	A verdade da imputação preliminar	68
3.2.3.1	Suspeita verdade	68
3.2.3.2	Incerta linguagem	70
3.2.3.3	A Contaminação do convencimento.....	75
3.2.3.3.1	<i>Forma escrita</i>	77
3.2.3.3.2	<i>Sigilo</i>	82
3.2.4	Legitimidade da imputação preliminar na atual sistemática	85
3.2.5	Ato formal de indiciamento. Disciplina normativa ascendente.....	90
3.2.5.1	O indiciamento pela Comissão Parlamentar de Inquérito	102
3.2.5.2	Vedação do indiciamento e autoridade detentora de foro por prerrogativa de função.....	103
3.2.6	Tempo e modo da imputação preliminar	106
3.2.6.1	Justa causa e motivação da imputação preliminar.....	112
4	O MODELO ITALIANO COMO PARÂMETRO. BREVE ESTUDO SOBRE A <i>INDAGINE PRELIMINARE</i>.....	117
4.1	O JUIZ GARANTE E O PROMOTOR INVESTIGADOR.....	117
4.2	IMPUTAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INSCRIÇÃO DO NOME DO INVESTIGADO NA NOTÍCIA DE CRIME	120
4.3	DIREITOS DO <i>INDIZIATO</i> E PARTICIPAÇÃO DO DEFENSOR.....	123
4.3.1	<i>Informazione di garanzia</i>	126
4.3.2	Interrogatório	127
4.3.3	Prazo para o fim da <i>indagine</i>	128
	CONCLUSÕES.....	130
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a imputação criminal que recai sobre o indivíduo, sujeito à persecução penal, ainda na fase preliminar da instrução. Registre-se que o instituto da imputação preliminar, em que pese trazer repercussões verificáveis e significativas para a esfera de direitos do suspeito, modificando, inclusive, sua situação jurídica, tem recebido tímida atenção doutrinária e insuficiente tratamento legislativo.

A pesquisa realizada, sob o contexto e amparo indissociável dos direitos e garantias fundamentais, busca situar o objeto de estudo nas perspectivas científica e constitucional, obrigatórias, do garantismo penal. Desta maneira, a visão sobre a imputação, que norteia o exame, necessariamente, tenderá à sua conformação com a função de salvaguarda. Faz-se verdadeira inversão de prisma (se considerado o enfoque majoritariamente dispensado à inculpação prévia), instalando-a em posição proeminente na estrutura da fase inquisitiva, com funções de filtro e verificação para o impedimento de acusações infundadas, transparência da situação jurídica do indivíduo submetido à persecução, bem como de restrição a injustificáveis exceções aos direitos fundamentais da pessoa sujeita à investigação.

A pesquisa apresentada é preponderantemente dogmática, com estudo e confrontação de autores nacionais que perpassaram o tema abordado, contextualizando-o com a novel instrumentalidade constitucional do Processo Penal brasileiro. Se alguns normativos que desenham e preveem aspectos e repercussões da imputação preliminar datam anteriores à Constituição Federal de 1988, prefere-se guiar o estudo com autores que não se furtam à necessária constitucionalização da instrução preliminar e de seus institutos. Por vezes, visitam-se autores estrangeiros, comprometidos com a resistência à inflexão punitivista em seus países, com lições preciosas a oferecer ao desenvolvimento do Processo Penal pátrio.

O estudo trata, detalhadamente, a legislação processual penal brasileira com referência ao tema proposto, estendendo a visitação normativa ao Código de Processo Penal italiano, que apresenta modelo de instrução preliminar aprimorado, quando comparado ao embrionário padrão brasileiro.

São coletadas e citadas emblemáticas decisões judiciais, sobretudo de tribunais superiores do Brasil, a demonstrar o tratamento dado ao tema, por vezes, denunciando a aquiescência da jurisprudência com o *status quo*, por outras, demonstrando a necessidade, refletida em casos levados às cortes, de um saudável amadurecimento do assunto e de previsões legislativas condizentes com o modelo Constitucional. Não são poucas as oportunidades em que, justamente pela instabilidade jurídica da matéria, verifica-se o

questionamento da inconstitucionalidade dos instrumentos normativos disciplinadores junto ao Supremo Tribunal Federal.

Alguns específicos inquéritos policiais, que tratam casos concretos de repercussão, são trazidos e analisados, a fim de demonstrar, de forma indutiva, como a realidade processual brasileira (no campo do tema inspecionado) incorpora defasadas normas do Código de Processo Penal de 1941 e de leis especiais com preponderância sobre princípios constitucionais.

Neste sentido, o presente trabalho ocupou-se inicialmente de demonstrar o compromisso da pesquisa com o paradigma do Processo Penal Constitucional. É a partir dele que se faz viável a revolucionária mudança de ângulo no tratamento do indivíduo, deixando para trás a concepção autoritária, onde o sujeito é mero objeto da investigação, e adotando a vertente democrática, onde o indivíduo (e o resguardo de seus direitos e garantias) é o próprio fim do Processo.

No capítulo 2, diante do atual sistema de instrução preliminar brasileira, em que o inquérito policial ocupa lugar de destaque e é responsável, na maioria das vezes, pelo início da persecução penal, dissecam-se seus fundamentos, sua natureza jurídica, denunciando desvirtuamentos. Aliás, os fundamentos de existência do inquérito, que somente se sustentam com a instrumentalidade democrática, por imperativo lógico, são os mesmos alicerces da imputação preliminar, justificando a análise.

O capítulo 3 é reservado ao estudo da imputação, ponto chave da instrução preliminar e questão central da dissertação, fazendo-se a diferenciação entre a imputação restrita (acusação formal afeta ao Ministério Público) e a imputação ampla, que acomoda o juízo de valor de atribuição da autoria do fato delituoso ao investigado, em fase anterior à denúncia.

A imputação preliminar, em regra entregue à autoridade policial, com significativas repercussões sobre o sujeito imputado, é tratada à exaustão. A propósito, adota-se o termo “imputação preliminar”, com definição própria, conforme justificativa constante no capítulo respectivo, por não ter sido encontrada, na doutrina visitada, melhor delimitação específica que enfocasse o objeto de estudo e auxiliasse na compreensão e resolução dos problemas enfrentados.

Evolui-se com a proposição de mudança de rota do sistema atual, com a entrega da imputação preliminar ao Ministério Público, conforme exemplo do modelo italiano da *indagine preliminare*. Dentre outras razões apresentadas, os danos causados ao investigado pelo possível antagonismo entre a imputação preliminar autônoma dos órgãos de polícia e a

opinio delicti do Ministério Público, além do compromisso indissociável do Ministério Público com a defesa do regime democrático, impelem tal aperfeiçoamento.

Ainda no capítulo 3, a verdade construída pela instrução preliminar, que, no mais das vezes, desencadeia a imputação (também) preliminar, com sensíveis repercussões no embasamento de medidas cautelares e até, equivocadamente, influência nas decisões da fase processual da *persecutio*, é tratada com desconfiança e com o ceticismo que se exige de uma etapa carente da possibilidade de crítica razoável e do contraditório, elemento essencial à construção da verdade sob o signo da democraticidade. Busca-se, neste tópico, dessacralizar a verdade da imputação preliminar, que, construída sobre evidências, de maneira unilateral, é responsável por repercussões danosas e, muitas vezes, irreversíveis ao indivíduo.

O ato formal de indiciamento, exteriorização da imputação preliminar no âmbito do inquérito policial, e que conta com disciplina normativa ascendente, no sentido de perpetuar o poder-dever de inculpação prévia nas mãos da autoridade policial, é delineado, de forma pormenorizada, também no capítulo 3.

Trata-se da necessária motivação da imputação preliminar, única forma de se verificar a legitimidade de seu perfazimento. Consequentemente, trata-se da justa causa para a imputação, apondo-se, ainda, a idônea imputação preliminar como requisito inafastável para justificar a restrição de direitos fundamentais através de medidas cautelares e assecuratórias.

Por derradeiro, é proposta uma leitura da imputação preliminar que a localize em espaço privilegiado da persecução, como marco inicial e regulatório da razoável duração da instrução preliminar.

Durante a pesquisa, com o estudo sobre os instrumentos da *indagine preliminare*, evidenciou-se que o modelo italiano traz proveitosa disciplina normativa acerca da instrução e imputação preliminar, sobretudo no alargado campo para os direitos do *indiziato*, com participação defensiva do investigado, existência do juiz de garantias (como instrumento de resguardo da imparcialidade do juízo) e entrega da imputação preliminar ao Ministério Público. Diante dessa constatação, faz-se, no capítulo 4, breve estudo sobre a *indagine preliminare*, apresentando o arquétipo italiano como proficiente parâmetro para a necessária mudança de rota do ultrapassado e autoritário modelo brasileiro.

Sem a pretensão de esgotar o tema, a presente dissertação busca auxiliar a percepção sobre a imputação preliminar, de forma a integrá-la às exigências do Estado Democrático de Direito.

1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL, UM PARADIGMA

A ruptura com o regime autoritário¹, havida no Brasil e materializada formalmente através da Carta Constitucional de 1988, não poderia deixar de trazer consequências para todos os campos do ordenamento jurídico pátrio, para além da impactante e festejada cisão.

A promulgação da Constituição, ato que marcou indelevelmente a opção democrática² pela República Federativa do Brasil, embora, por um lado, tenha sido o ápice de um processo histórico de opção pelo Estado Democrático de Direito, por outro, demonstrou ser o estopim para uma série de reações democratizantes, em cadeia.

Assim que, a partir da eleição preambular da democracia e das garantias e direitos fundamentais do indivíduo como, dentre outros, valores supremos da sociedade, a repercussão tenderia definitivamente para uma atração, ainda que com inflexões atávicas, rumo à realização do projeto republicano³.

Dentre os ramos do Direito atingidos pela colisão com o conjunto principiológico da Constituição Federal de 1988, o Processo Penal, ligado de forma umbilical à realização das liberdades e espelho do estágio de evolução civilizatória de uma nação⁴, tem merecido destaque, não restando margem para a fuga da influência constitucionalizante. Basta, neste ponto, atentar para os incisos LIV (exigência do *due process of law*), LV (garantias do

¹ “Podemos considerar a Constituição de 1988 como o marco que pôs fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário. A abertura iniciada pelo general Geisel em 1974 levou mais de treze anos para desembocar em um regime democrático” (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo, EDUSP, 1999, p. 526).

² É conhecida a tese VIII de Walter Benjamin, segundo a qual “o estado de exceção no qual vivemos é a regra” (LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, [tradução das teses] Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 83). Apesar da ciência de referida tese, a dissertação é conduzida a um necessário e intencional recorte temático, por trabalhar dentro dos princípios garantistas enunciados na Constituição Federal de 1988, acreditando serem eles o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, adentrar na discussão inocentemente. A crítica conceitual da democracia e do Processo Penal é sempre bem-vinda, mas, no presente caso, não deve desfigurar o espaço de garantia que se tenta delimitar em prol do indivíduo.

³ Rui Cunha Martins adverte sobre a possibilidade de convívio simultâneo da democracia com a ditadura, nestes termos: “o facto de um sistema democrático fazer uso de mecanismos constantes do painel de funcionalidades da ditadura quer dizer exactamente isso, que ele se dispõe a trabalhar com formas ditatoriais, não podendo querer dizer em caso algum que, por via da sua requisição por parte de um sistema democrático, essas formas ditatoriais se ‘democratizaram’” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 114).

⁴ “Los principios de la política procesual de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 109-110).

contraditório e ampla defesa), LVI (vedação das provas ilícitas) e LVII (presunção de inocência⁵) do art. 5º da Constituição, a trazerem de forma preempatória a opção garantista⁶.

Lembre-se, aliás, que “referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias [...]”⁷.

Não obstante, o novel movimento, iniciado há 28 anos pela Carta Constitucional, ainda não foi capaz de extirpar do quadro de leis do Processo Penal a estrutura arcaica do Código de Processo Penal de 1941, a fazer aniversário de 75 anos. Em que pesem as diversas alterações legislativas havidas na última década⁸, o Processo Penal Brasileiro ainda repousa sob a sombra teimosa do quase centenário Código de Processo Penal, inspirado, diga-se, no autoritário Código de Rocco⁹.

Neste contexto, sobreleva-se a percepção de que o embate pela constitucionalização do Processo Penal é prolongado e dificultado pela sintomática inércia legislativa, a revelar uma resistência endêmica na construção de uma estrutura expressa e efetivamente garantidora dos direitos fundamentais estatuídos. Afinal, “soluções democráticas desagradam a quem conviveu longamente com privilégios”¹⁰.

Boris Fausto vê na característica da transição brasileira para o regime democrático (uma distensão “lenta, gradual e segura”¹¹) uma explicação para a dificuldade no rompimento radical com as rotinas de tradição despótica:

⁵ O processo de democratização do Processo Penal conta, por vezes, com momentos regressivos, como a recente leitura do STF sobre a presunção de inocência (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292 – SP*. Tribunal Pleno. Julgado em 17 fev. 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki). A leitura “gradualista” externada, sobretudo, no voto do Ministro Teori Zavascki, ao “acreditar que ao se avançar na persecução (mesmo ao se atingir uma decisão condenatória em primeiro grau) está-se mais próximo de uma condenação, significa trabalhar com a ‘presunção de culpa’, e não com a de inocência” (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 454-456). O autor alerta, ainda, para o conteúdo fascista da desconsideração da presunção de inocência, camuflado sobre tal posição, dizendo da confusão existente, nesta corrente, entre o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

⁶ Ferrajoli aponta alguns princípios reitores do modelo garantista clássico: “*la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 33).

⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 173.

⁸ Foram profundas as mudanças aos procedimentos em Processo Penal trazidas pelas Leis n. 11.689/2008, n. 11.690/2008 e n. 11.719/2008, bem como pela Lei n. 11.900/2009.

⁹ Geraldo Prado assinala que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, nascido durante a ditadura do Estado Novo, foi “inspirado em seu homólogo italiano, de autoria de Arturo Rocco” (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30).

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 121.

¹¹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo, EDUSP, 1999, p. 488.

O fato de que tenha havido um aparente acordo geral pela democracia por parte de quase todos os atores políticos facilitou a continuidade de práticas contrárias a uma verdadeira democracia. Desse modo, o fim do autoritarismo levou o país mais a uma “situação democrática” do que a um regime democrático consolidado¹².

Segundo Norberto Bobbio, os empecilhos no processo de democratização seriam comuns nas sociedades complexas, e não um privilégio brasileiro, já que os dois maiores blocos de poder (a grande empresa e a Administração Pública), descendentes e hierárquicos, não foram ainda democratizados:

E enquanto estes dois blocos resistirem à agressão das forças que pressionam a partir de baixo, a transformação democrática da sociedade não pode ser dada por completa. Não podemos sequer dizer que esta transformação é realmente possível. Podemos apenas dizer que, se o avanço da democracia for de agora em diante medido pela conquista dos espaços até então ocupados por centros de poder não-democrático, tantos e tão importantes ainda são estes espaços que a democracia integral (posto que seja meta desejável e possível) ainda está distante e incerta¹³.

No Brasil, é decepcionante constatar que, ao revés, e não poucas vezes, a disputa havida entre os princípios constitucionais e as normas do Código de Processo Penal termina na leitura “codificante” da Constituição. Aury Lopes Júnior aponta que a luta presenciada é “pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no Processo Penal”¹⁴.

Apesar deste cenário, tem-se, como paradigma, que, num Estado Democrático de Direito, o Processo Penal deva estar em consonância com os princípios constitucionais e instrumentalizar-se para dar efetividade aos direitos fundamentais¹⁵.

Lembre-se que é ao Processo Penal que se agarra o indivíduo na contenda desigual contra o Estado e, a partir do enlace por uma das agências do sistema penal¹⁶, independentemente da gravidade da acusação, a fragilidade passa a ser uma das características do imputado. Neste sentido, a história é repleta de exemplos a evidenciar, lamentavelmente, “o medo que é preciso ter das instituições públicas”¹⁷.

¹² FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo, EDUSP, 1999, p. 527.

¹³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 70.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 09.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 07.

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 93.

Assim, em coerência com os ditames republicanos, é a partir do Processo Penal Constitucional¹⁸ que se tem a única via para a leitura dos instrumentos normativos que compõe e delineiam a persecução penal no Brasil.

Nesta trilha, e com a visão apresentada, o presente estudo, que se propõe aberto¹⁹, se debruça sobre a imputação preliminar, que, como se verá, trata-se do juízo de atribuição de provável autoria delituosa a um suspeito, ainda na fase da instrução preliminar²⁰.

Antes, porém, fazem-se necessários breves apontamentos sobre os alicerces do inquérito policial, procedimento predominantemente adotado pelo sistema de instrução preliminar brasileiro.

¹⁸ Processo Penal de viés acusatório, orientado pelo princípio dispositivo, diga-se. Comunga-se da distinção apresentada por Aury Lopes Júnior, em que o princípio a nortear o trato com a gestão da prova é o fiel a distinguir o sistema processual adotado: sistema acusatório, movido pelo princípio dispositivo (gestão da prova nas mãos das partes) e sistema inquisitório, movido pelo o princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador) (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70-71).

¹⁹ Mark Bevir afirma que “o progresso fecundo advém de respostas especulativas à crítica, quanto mais uma rede de teorias se afasta de toda crítica possível, tanto mais ela se torna um beco sem saída incapaz de sustentar novos progressos. Uma rede de teorias aberta sustenta-se mediante proposições claramente definidas de um modo que facilite a crítica” (BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: EDUSC, 2008, p. 135). É necessário, pois, apesar das interferências de poder exercidas sobre o Processo Penal, sobretudo sobre a instrução preliminar criminal, abrir o espaço às discussões, inclusive a proposições que contradigam a estratificação do poder autoritário, por vezes veiculado via instrumentos normativos e decisões judiciais. A ciência do Direito, mais que outros ramos, é sujeita a indevidas imposições de autoridade não científica.

²⁰ Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen apontam que o termo “instrução” é preferível que “investigação”, por ser mais abrangente e por não trazer a incoerência lógica que “investigação preliminar” carrega, uma vez que não há uma investigação que seja definitiva, sendo que se pode dizer “instrução preliminar”, em contraponto a uma “instrução definitiva”, na fase processual. No entanto, os autores permanecem utilizando, indiscriminadamente, tais expressões, “atendendo à natureza do inquérito policial e à tradição brasileira” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90).

2 FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

A opção pela divisão da persecução penal em duas fases vem expressa na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, onde se pode ler a decisão de se manter o “inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal”²¹.

“A *persecutio criminis*, portanto, compreende dois momentos [...]”²², sendo o primeiro deles onde se situa o inquérito policial.

A despeito da utilização do vernáculo “processo” por Francisco Campos²³, mentor e responsável pela apresentação do projeto que viria a se converter no Código de Processo Penal de 1941, sabe-se que, na divisão efetuada, coube à fase preliminar se circunscrever com atributos típicos de procedimento. Isto porque, ali, não há instrumentos que permitam a plenitude do contraditório e, conforme ensinamento de Aroldo Plínio Gonçalves, esta carência é essencial:

A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos²⁴.

É curial traçar algumas linhas sobre as vicissitudes do sistema bifásico, para, além de localizar o inquérito policial nesta sistemática, demonstrar que, embora (em tese) seja destinado à preliminariedade, (na realidade) as repercussões do inquérito não se esgotam neste quadrante.

²¹ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941*. Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941.

²² MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

²³ Francisco Campos foi nomeado Ministro da Justiça e Negócios Interiores do Governo de Getúlio Vargas, antes do golpe de 10 de novembro de 1937, “sendo encarregado por Vargas de elaborar a nova Constituição do país, marcada por características corporativistas e pela proeminência do poder central sobre os Estados e do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. Consolidou-se como um dos mais importantes ideólogos da direita no Brasil, aprofundando suas convicções antiliberais e passando a defender explicitamente a ditadura como o regime político mais apropriado à sociedade de massas, que então se configurava no país” (SCHWAB, Mariana de Castro. *Os intelectuais no Estado Novo (1937 - 1945). A trajetória de Paulo Figueiredo e as revistas Cultura Política e Oeste*. 2010. 120 f. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Goiás. Faculdade de História, Goiânia/GO, p. 17).

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 57.

Luigi Ferrajoli faz o relato histórico do surgimento do processo misto²⁵, caracterizado por esta divisão do Processo Penal em duas fases, que influenciou o Código de Processo Penal italiano de 1930 e, definitivamente, o ordenamento brasileiro:

*Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida aquel 'monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo', que fue el llamado 'proceso mixto', predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase*²⁶.

Geraldo Prado, por sua vez, a partir da leitura da reforma processual penal de 2008, apresenta a tese da existência de três etapas na persecução: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória²⁷.

Para ele, a alteração, prevista no §4º do art. 394 do CPP, estendendo a garantia do direito à resposta preliminar e ao contraditório sobre a admissibilidade da acusação a todos os procedimentos penais de primeiro grau, seria um avanço no sentido do Processo Penal Acusatório, “orientado pela presunção de inocência, cuja superação requisita atividades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa”²⁸.

Sobre o início da *persecutio*, ao reler a doutrina de José Frederico Marques, encontra-se a observação de que a persecução penal se inaugura com a *notitia criminis*²⁹, que é “o conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de um fato

²⁵ Destaque-se a crítica, trazida, dentre outros, por Mauro Fonseca Andrade, quanto aos tipos ideais de sistemas processuais, anotando a utilização pela doutrina de tal método a fim de construir conceitos, classificar e compará-los (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 43-44). O exame dos elementos encontrados nos tipos ideais de sistemas processuais demonstra uma subjetividade nas classificações de autor para autor, além de descortinar que, não raro, os sistemas processuais distintos contam com coincidentes elementos. Não é sem razão que Aury Lopes Júnior chega a dizer que todos os sistemas são mistos (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70). No entanto, o mesmo autor melhor direciona a diferenciação a partir do princípio informador do sistema a orientar a gestão da prova, “espinha dorsal do processo penal”: o princípio dispositivo (gestão da prova nas mãos das partes) e o princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador), o primeiro alicerçando o sistema acusatório, o segundo, o inquisitório. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70 e 71). Donde se conclui que a divisão da persecução penal não é suficiente para dizer-se que, simplesmente, sem o inquérito, estaríamos num sistema acusatório, vez que é preciso análise acurada para visualizar o princípio informador, para além da divisão entre fase preliminar e fase processual.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 566.

²⁷ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46.

²⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

delituoso”³⁰, ressaltando que, inexistindo o conhecimento de um possível autor, a persecução não tem provocada sua instauração.

Para Frederico Marques, o nascimento da persecução penal se dá apenas com a existência de uma imputação³¹, “ato com que se afirma que determinada pessoa praticou determinado fato que constitui infração penal”³².

Observe-se que esta imputação, exigida pelo autor como *conditio sine qua non* para o início da persecução, coincide com o objeto dessa pesquisa e será delineado ao longo do estudo. Tal instigante observação, que destaca o marco da imputação preliminar, é incomum entre os autores nacionais mais festejados, e será de utilidade para os questionamentos dessa dissertação, em capítulo específico³³, ainda que sob outro enfoque. Deveras, a imputação preliminar é um ponto-chave da persecução penal.

O Código de Processo Penal, a partir do art. 4º, traz contornos ao inquérito policial e o posiciona como principal instrumento da primeira etapa da persecução penal, entregando à polícia judiciária³⁴, instituição componente do aparato estatal de segurança pública³⁵, integrante da Administração Pública³⁶, exercida por órgãos do Poder Executivo, a função de “apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Para Choukr, a polícia judiciária é a “divisão no âmbito das Polícias civis e militar que tem a missão funcional de investigar de forma proativa ou reativa a ocorrência de fatos penalmente relevantes [...]”³⁷.

Note-se que o parágrafo único do art. 4º estende a atribuição investigatória a outras autoridades administrativas diversas da Polícia Judiciária³⁸. Desta forma, “o inquérito policial

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p.173.

³¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

³² MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

³³ Vide item 3.2.

³⁴ Leia-se o Recurso Extraordinário n. 702.617-AM, bem como a ADI n. 3.614 – DF, onde o STF afirma que, conforme leitura do art. 144, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, a atribuição de polícia judiciária cabe exclusivamente à polícia civil, negando, por invasão de atribuição, a confecção de termos circunstanciados de ocorrência à polícia militar, no primeiro caso, e a substituição de delegado de carreira, em municípios onde não haja servidor lotado, por policiais militares, no segundo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614 - PR*. Entrada no STF em 21 nov. 2005. Relator: Ministro Gilmar Mendes e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 702.617 – AM*. Julgado em 28 ago. 2012. Relator: Ministro Luiz Fux).

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1642.

³⁶ José Frederico Marques acentua que “a polícia é função essencial do Estado. Dela se serve a Administração para limitar coercitivamente o exercício de atividades individuais, a fim de garantir o bem geral e o interesse público” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 186).

³⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 181.

não é o único e exclusivo sustentáculo à ação penal. Admite-se que outros sejam seus alicerces, desde que prevista em lei a função investigatória da autoridade”³⁹.

Impende registrar que, embora ao Ministério Público não seja afeta a presidência do inquérito policial, é certo que a ele foi confiada, pela Constituição Federal, a possibilidade da “titularidade para o exercício de investigações preliminares (antes do processo)”⁴⁰, em regular procedimento administrativo⁴¹. Tal possibilidade foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727 - MG⁴², já que “inexistiria o monopólio da polícia para a realização da primeira fase da persecução penal”⁴³.

Embora haja no ordenamento brasileiro a abertura para que outras autoridades investiguem, o inquérito policial é o instrumento primordialmente utilizado na fase da instrução preliminar criminal.

Diante do formato adotado pelo CPP, Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen afirmam não restar dúvidas de que “a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual”⁴⁴.

Cabe atentar que, em fase administrativa, quando, ao procedimento, segue-se um provimento⁴⁵, com efeitos para os destinatários, exige-se a realização do mesmo em

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 78.

⁴⁰ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

⁴¹ O art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013, possui redação que dá ensejo à interpretação de exclusividade do delegado de polícia na condução da instrução preliminar, em detrimento de outras autoridades, inclusive do MP. Diante desta percepção, a constitucionalidade de referida lei, especificamente sobre os artigos citados, é questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.043 – DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.043 - DF*. Entrada no STF em 12 set. 2013. Relator: Ministro Luiz Fux).

⁴² O STF assentou a seguinte tese: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727 – MG*. Tribunal Pleno. Julgado em 14 mai. 2015. Relator: Ministro Cezar Peluso).

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727 – MG*. Tribunal Pleno. Julgado em 14 mai. 2015. Relator: Ministro Cezar Peluso.

⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

⁴⁵ Termo utilizado por Aroldo Plínio (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98). O sentido dado ao termo “provimento” parece ser o de “ato administrativo final”, empregado por José dos Santos Carvalho Filho (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 775).

contraditório, tendo-se, pois, um processo administrativo⁴⁶. Os processos administrativos, caracterizados pela ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF), não trazem, em essência, uma subsequente fase judicial, perfazendo-se, na inteireza, no âmbito da administração⁴⁷.

Por outro lado, o inquérito policial, caracteristicamente carente da plenitude do contraditório⁴⁸, e, por isto, mero procedimento administrativo, ainda que traga elementos que, indubitavelmente, obriguem à imputação (preliminar), encerra-se como mera etapa da persecução, que, por sua vez, não pode se exaurir, mesmo quando preenchidas as condições para a acusação (imputação em sentido estrito), sem uma fase processual.

O inquérito policial é procedimento administrativo que não se resolve no âmbito da administração. Mesmo carente de elementos para a imputação, necessita da decisão judicial para o arquivamento. Seu encerramento está condicionado a esta deliberação do juízo e, apesar da existência de “uma sequência de atos e de atividades preordenadas a determinado fim”⁴⁹, é procedimento administrativo voltado à verificação de justa causa para a ação penal e não, propriamente, à “prática de ato administrativo final”⁵⁰.

Do exposto, conclui-se que a natureza jurídica do inquérito policial é de procedimento administrativo, preliminar à fase processual da persecução penal, delegado aos órgãos de polícia, voltado à verificação⁵¹ de justa causa para a ação penal.

⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98.

⁴⁷ Ainda que o ato administrativo irrecurável não possua a característica conhecida como *the final enforcing power*, ou poder conclusivo da justiça comum, pode-se dizer de uma preclusão administrativa ou irretratabilidade do ato perante a própria administração (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 612-613).

⁴⁸ A busca pela eficiência instrutória do inquérito policial, com a permissão de diligências sigilosas, muitas dependentes da surpresa para sua consecução, é incompatível com a plenitude da participação defensiva, em igualdade de oportunidades. Talvez resida aqui a única justificação para a ausência do contraditório no inquérito policial, uma vez que, indubitavelmente, traz consequências para a esfera do indivíduo investigado (Vide item 3.2.1).

⁴⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 776.

⁵⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 775.

⁵¹ Há, antes, um filtro (verificação) do que uma preparação. O termo “procedimento preparatório”, utilizado por José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar sobre a sindicância administrativa-disciplinar, instrumento com características semelhantes ao inquérito (também inquisitiva e sem contraditório), foi preterido, por denotar uma predisposição em atender aos requisitos necessários à instauração da ação penal, em detrimento da função de controle, aqui preconizada (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 790). José Frederico Marques utiliza o termo “fase preparatória”, vez que, a partir do desenho trazido pelo Código de 1941, o inquérito se voltaria a preparar a ação penal, percepção inconcebível sob o enfoque apresentado neste trabalho (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85).

2.2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA

Identificada a natureza jurídica do inquérito policial, é importante perquirir qual o seu fundamento de existência, uma vez que um procedimento com implicações severas nas liberdades do indivíduo exige legitimação razoável e, *in casu*, tal análise é etapa regular para a percepção correta do objeto específico de estudo – a imputação preliminar, em regra externada no seio da *inquisitio*. Ademais, por coerência, os fundamentos de existência do inquérito policial devem sustentar também a existência de seus institutos.

Outro fator que justifica a análise dos fundamentos do inquérito policial é a dúvida quanto à sua plena recepção pela Constituição de 1988, uma vez que o modelo adotado, e ratificado diuturnamente na rotina da instrução preliminar criminal brasileira, busca no Código de Processo Penal de 1941 suas bases.

O confronto entre a ordem constitucional vigente (sua principiologia) e o desenho do inquérito policial aposto pelo Código possibilita o entendimento da função adequada a ser exercida pela instrução preliminar criminal, numa leitura em conformidade com a Constituição Federal.

Em princípio, não é de se olvidar de que perscrutar sobre a fundamentação de existência do inquérito é destrinchar uma engenhosa ferramenta utilizada, ao longo dos anos e pelo mundo, como instrumentalização do poder.

O inquérito, alienado em vários períodos da história (talvez na maior parte deles) de uma finalidade democrática, teve seu apogeu de abusos já no nascedouro, quando, a serviço do Tribunal do Santo Ofício, desconhecia limites e, sem racionalidade, era mecanismo de atrocidades.

Cite-se, para ilustrar esta lembrança, pequeno e terrível trecho do *Malleus Maleficarum*, manual escrito em 1484, com autoria atribuída aos inquisidores Heinrich Krames e James Sprenger, e que, apesar de incluído pela própria Inquisição no *Index Librorum Prohibitorum*, tornou-se, de fato, o guia dos inquisidores na caça às bruxas:

Tendo tomado tais precauções, e depois de dar à bruxa Água Benta para beber, que torne a interroga-la, exortando-a a confessar a verdade o tempo todo, como no interrogatório anterior. E enquanto ela estiver sendo suspensa do chão, caso seja torturada dessa forma, que o Juiz leia ou faça ler para ela os depoimentos das testemunhas com os seus nomes, dizendo: “Vê! Foste condenada pelas testemunhas”. Além disso, se as testemunhas se mostrarem dispostas a confrontá-la face a face, o Juiz deverá perguntar-lhe se irá confessar os crimes caso coloque as testemunhas perante ela. Se consentir, que sejam trazidas as testemunhas e que se postem diante dela, para que seja coagida a confessar alguns dos crimes. Por fim, se o Juiz perceber que a bruxa não vai admitir os crimes, há de perguntar-lhe se, para

provar-lhe a inocência, ela está disposta a submeter-se ao ordálio pelo ferro incandescente. E todas vão desejar isso, sabendo que o demônio impedirá os ferimentos; portanto, assim se expõe uma bruxa verdadeira. [...] e tudo há de ficar registrado nos autos⁵².

Michel Foucault também enxerga na Idade Média o berço do inquérito, introduzido no Direito pela Igreja e, por isto, impregnado de categorias religiosas⁵³. Teria o inquérito surgido “como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica”⁵⁴, “para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento [...]”⁵⁵.

Ao estudá-lo, Foucault apresenta a hipótese de que, no meio da Idade Média, a partir da elaboração de complexas técnicas, a desenvolvida fórmula do inquérito extrapolaria os limites do Direito Canônico e seria utilizada na “ordem científica e na ordem da reflexão filosófica”⁵⁶.

Imprescindível dizer que as reflexões de Foucault buscaram, sobretudo, denunciar o exercício do poder através da *inquisitio*:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder⁵⁷.

Cabe apontar uma posição divergente, apresentada por Mauro Fonseca Andrade. Segundo ele, o inquérito policial derivaria da *inquisitio* do sistema acusatório romano, fase prévia e de investigação, reservada à coleta de informações e documentos para embasar a acusação. A fase processual e de debates do sistema romano seria conhecida como *anquisitio*⁵⁸.

Sem descurar do manejo do inquérito como ferramenta de poder e dominação, é imperioso buscar na doutrina pátria as diversas tentativas de explicar a justificativa de sua

⁵² KRAMMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum. O Martelo das Feiticeiras*. 8. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991, p. 440-441.

⁵³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 75.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 21.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 21.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 21.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 79.

⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 259-260.

manutenção no ordenamento jurídico e adoção como mecanismo de perquirição policial, atualizando a leitura com o filtro da democraticidade.

Sem maior aprofundamento, Fernando Capez aponta a finalidade do inquérito policial na direção da “apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal [...]”⁵⁹.

O exame superficial, quase reprodução do artigo de lei, restrito à busca da autoria, circunstância do crime e materialidade não é bastante para, diante da letalidade do instrumento investigatório, dar subsídios para que os operadores do direito manejem o instituto e realizem sua parametrização e confronto diante de um conceito em harmonia com o Processo Penal Constitucional.

Também é de se observar que a palavra “apuração”, utilizada no conceito acima e extraída do art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal, deve ser evitada. “O substantivo deriva do verbo *apurar*, que, no seu sentido etimológico, deriva de *puro* e significa purificar, aperfeiçoar, conhecer o certo”⁶⁰. Inevitável enxergar no uso da palavra as garras do dogma da verdade real (substancial ou material) penetrando desde o alvorecer da *persecutio*.

José Frederico Marques⁶¹ enxerga na necessidade do procedimento preparatório tão-somente a função de propiciar ao Ministério Público “base e elementos para a propositura e o exercício da ação penal”⁶², enquadrando o inquérito policial como “atividade administrativa de autotutela do poder de punir”⁶³.

Nessa visão, não é difícil situar o suspeito como objeto da investigação e a fase preliminar como mero instrumento a serviço do poder punitivo. Deve-se rechaçar tal conceituação, uma vez que o agente praticante do fato típico penal não se circunscreve à posição de “objeto de investigação, conforme tem afirmado a doutrina tradicional, mas ocupa, como integrante da sociedade, a posição de sujeito de direitos constitucionalmente

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 69.

⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

⁶¹ Observe-se que a leitura feita por José Frederico Marques é condizente com o contexto histórico em que estava inserido, quando o Ministério Público era voltado essencialmente à função de acusação, no cumprimento estrito da legalidade. A modificação na feição do Ministério Público, encarregando-o, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, da defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, sobretudo, do regime democrático só veio a lume com a Constituição Federal de 1988 (art. 127, *caput*). Desde a Constituição de 1934, embora todas as posteriores constituições tratassem explicitamente sobre o Ministério Público (como instituição, conforme ensina Samantha Ribeiro Meyer-Pflug), nenhuma delas posicionava-o em função diversa da primordial acusação ou com o nobre mister de guarda da democracia, *status* que só veio a alcançar em 1988 (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 2, p. 177-192, 2012).

⁶² MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167.

⁶³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167.

garantidos”⁶⁴ e, tampouco, o exercício do poder punitivo é a única mola propulsora do inquérito.

A propósito, é forçoso registrar que, “em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’, se preferirem)”⁶⁵. Ademais, ao contrário das liberdades individuais, que se legitimam por si, e que não podem ser sacrificadas *ad nutum*, o que clama por legitimação é o poder de punir do Estado⁶⁶.

Embora o Processo Penal seja a única via legitimante da imposição da pena⁶⁷, sua existência não se limita a pavimentar o exercício do poder estatal, sendo, em essência, fundamental guarida do indivíduo.

Aury Lopes Júnior esclarece que o fundamento da etapa preliminar da persecução necessariamente tem que se nutrir de duas fontes que, embora à primeira vista pareçam ser antagônicas, são ambas condizentes com a instrumentalidade constitucional do Processo Penal: de um lado “o interesse público em perseguir e punir condutas que atentem contra os bens jurídicos tutelados”⁶⁸, de outro lado “o interesse (igualmente público) em proteger os indivíduos de uma injusta perseguição”⁶⁹.

Júlio Fabrini Mirabete, numa visão incompatível com visão democrática do Processo Penal, chega a classificar o inquérito policial como um poder “de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simplesmente objeto de um procedimento administrativo [...]”⁷⁰.

Guilherme de Souza Nucci também comete a impropriedade de tratar o indiciado “como objeto da investigação e não como um sujeito de direito”⁷¹.

Refletindo sobre tais posições, é deveras difícil imaginar uma situação de “autodefesa do Estado” diante da vulnerabilidade do indivíduo.

⁶⁴ GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. *Garantias constitucionais do indiciado no inquérito policial: controvérsias históricas e contemporâneas*. 2006. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais) – Faculdades Integradas de Vitória. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, p. 38.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11 e p. 13.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 06.

⁶⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 79.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 71.

O poder público, ao revés, é indiscutivelmente o lado da balança que mais pesa: conta com agências especializadas; estrutura condizente; medidas constritivas; poder de requisição de perícias, documentos e informações e intimação de pessoas; além de historicamente ter a seu serviço ideologias punitivistas, não raras vezes, retroalimentadas pela opinião pública que, diante de sua própria fraqueza, exulta o agigantamento da máquina repressiva.

Aliás, Hans Kelsen já denunciava o caráter de hipostasia do conceito de Estado, “um fantasma, um fruto da imaginação, uma simples ficção”⁷², uma maneira de deduzir-se dele o direito público contrário à ordem jurídica-positiva, fazendo surgir “direito do não-direito, e atos jurídicos de simples atos de força”⁷³.

Ademais, a dignidade humana “é um valor fundamental que é também um princípio constitucional”⁷⁴, com decorrente empecilho para que haja o tratamento do homem como simples objeto, em qualquer hipótese.

James Goldschmidt lembra que remonta a Kant a verdade imortal de “*que el hombre no puede ser considerado como un medio para cumplir un fin al modo de otros objetos del derecho [...]*”⁷⁵.

Neste sentido, Scarance, ao atestar a falta de regulamentação legal do indiciamento no sistema processual pátrio (tema que será tratado pormenorizadamente nesta dissertação⁷⁶), afirma que, a partir da leitura da Constituição Federal, é plenamente possível extrair direitos e deveres pertinentes ao indiciado, “que não pode mais ser visto como simples objeto da investigação”⁷⁷.

Depreende-se, portanto, que o fundamento de existência do inquérito policial, que, como dito, por corolário, terá repercussões na sustentabilidade da *imputatio* havida na fase preliminar, deverá ser encontrada em conceituação afinada com o modelo constitucional de Processo Penal.

⁷² KELSEN, Hans. *Deus e Estado. In: Contra o Absoluto. Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 52.

⁷³ KELSEN, Hans. *Deus e Estado. In: Contra o Absoluto. Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 49.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61.

⁷⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 37.

⁷⁶ Vide item 3.2.5.

⁷⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125-126.

Adotando esta linha, Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen dissecam o fundamento de existência da instrução preliminar na tríade 1) filtro para acusações infundadas, 2) busca do fato oculto e 2) função simbólica⁷⁸.

Elege-se, a partir de agora, esta divisão, como guia para a visitação dos meandros do alicerce do inquérito policial, por vezes com pontos de discordância da classificação utilizada como referência.

2.2.1 Proteção do indivíduo contra acusações infundadas

De início, é de se pressupor que, hoje, a existência da fase preliminar criminal se sustente, primordialmente, na busca por um filtro que impeça acusações infundadas. Isto porque o princípio da presunção de inocência o exige, e, como afirma Rui Cunha Martins, é nele que está a essência profunda do Processo Penal⁷⁹.

Maurício Zanoide de Moraes também é categórico ao afirmar que, nos primeiros instantes investigativos, deve-se inserir, em sua plenitude, a presunção de inocência⁸⁰.

Extrai-se até mesmo da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, “cuja marca ideológica é conhecida”⁸¹, a assertiva de que o inquérito policial é “uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos [...]”⁸².

“Evidenciados os graves transtornos que podem causar um processo penal infundado [...]”⁸³, cabe à instrução preliminar “fornecer elementos de convicção para justificar o processo ou o não processo, evitando que acusações infundadas prosperem”⁸⁴.

Geraldo Prado enxerga na etapa da admissibilidade da acusação (art. 394, §4º, do CPP), prevista, a partir de 2008, para todos os procedimentos penais de primeiro grau, com o

⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-124.

⁷⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28.

⁸⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 492-493.

⁸¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

⁸² BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941*. Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941.

⁸³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125.

direito à resposta preliminar e ao contraditório, outro filtro contra acusações infundadas⁸⁵. O melhoramento do sistema, com a inclusão de novel mecanismo afeto ao ideal acusatório⁸⁶, não diminui a importância de contenção da instrução preliminar.

Esta função de barreira é essencial para a proteção do indivíduo e os princípios da presunção de inocência, da legalidade e do devido processo legal devem ser articulados para que não seja desvirtuada a vocação regular da instrução preliminar num Estado Democrático de Direito.

Aqui não deve haver espaço para o utilitarismo penal, até porque “os direitos e a dignidade humana têm uma base moral que transcende a noção de utilidade”⁸⁷.

É necessário conter a sanha punitivista da opinião pública e outras demandas menos nobres, e, por isto, o inquérito policial deve ser manejado como um filtro.

Lembre-se que, numa sociedade com valores humanitários, o ato de inculpar um inocente recebe uma reprovção insuportável se comparado ao ato de inocentar um culpado⁸⁸.

Geraldo Prado aponta que “o erro em desfavor do acusado, no processo penal, converte-se, quando é descoberto, em um drama público que afeta a quase todas as pessoas e, quando permanece encoberto, corresponde a mais terrível das injustiças, porquanto o acusado não tem sequer meios de compartilhá-la”⁸⁹.

Oportuno lembrar o conto ficcional de Ursula K. Le Guin, *The Ones Who Walked Away from Omelas*, também citado por Michael Sandel⁹⁰. A autora cria o cenário de uma cidade alegre, onde todos os cidadãos vivem contentes. A exceção à felicidade se encontra num porão mal iluminado, onde há uma criança malnutrida e abandonada. Embora todos saibam da existência da criança, que sofre continuamente, sabem também que as fortunas do grupo “*depend wholly on this child's abominable misery*”⁹¹.

⁸⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45-46.

⁸⁶ O sistema acusatório “é visto como um modelo de processo ético por excelência” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 365).

⁸⁷ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 53.

⁸⁸ Emblemático exemplo da ausência de filtro na investigação criminal (e de sua influência sobre as autoridades da *persecutio*) é trazido pelo atual documentário americano *Making a murderer*. Ali é narrada a história da injusta condenação de Steven Avery, envolvido numa trama entre testemunhas, peritos e polícia, em autêntica desvirtuação do inquérito, que, repercutindo em toda a persecução penal, culminou no cumprimento indevido de 18 anos de prisão por estupro (DEMOS, Moira; RICCIARDI, Laura (Direção e produção). *Making a murderer*. Estados Unidos: Synthesis Films e Netflix, 2015. 10 episódios (60 min).

⁸⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 163.

⁹⁰ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 54-55.

⁹¹ “Dependem inteiramente do abominável sofrimento da criança” (GUIN, Ursula K. Le. *The Ones Who Walked Away from Omelas*. In: *The Wind's Twelve Quarters*. USA: Harper & Row, 1975, tradução nossa).

Fazendo um paralelo com o conto, não se pode aceitar uma instrução preliminar criminal manejada para a exclusão dos menos favorecidos ou dos selecionados pelo sistema penal⁹², com invasão dos espaços de liberdades fundamentais, de forma a satisfazer a percepção de eficiência do aparato repressor estatal e o atingimento de uma pretensa sensação de segurança.

A partir da ciência de várias distorções do sistema penal, como se verá em pontos deste estudo, cresce em importância a função de contenção da instrução preliminar criminal, a impermeabilizar a persecução das inflexões da *mass media*, das políticas punitivistas, da segregação social, do clamor da opinião pública pela urgência da punição, vícios a tentarem o desvirtuamento da fase inicial da *persecutio*.

A tensão sofrida pela persecução penal, sob o peso irracional destes severos fatores de contágio, recai sobre a fase preliminar com uma pressão que não pode ser maior do que o vigor na defesa do Estado de Direito e no resguardo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Na sequência, abordar-se-á a “busca do fato oculto”, apresentada por Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen como outra função elementar da instrução preliminar criminal.⁹³

2.2.2 Busca do fato oculto?

Diante da *notitia criminis*, as agências públicas de repressão⁹⁴ são obrigatoriamente⁹⁵ movimentadas na direção do esclarecimento⁹⁶ do fato, buscando delinear, com as limitações que a reconstrução histórica impõe, as circunstâncias do crime e seu autor.

Acontece que, no mais das vezes, justamente para se furtar ao braço da justiça, a conduta delitiva é “praticada de forma dissimulada, oculta, de índole secreta [...]”⁹⁷. Instaura-

⁹² Flávio Faria Fernandes conclui que “a forma seletiva como opera o poder punitivo faz com que o princípio da igualdade seja desconsiderado tanto no que tange aos fundamentos da lei penal (que protege preferencialmente valores vinculados às classes mais favorecidas) quanto na forma arbitrária de aplicação dessa lei pela autoridade competente (seletividade conforme critérios classistas e racistas)” (FERNANDES, Flávio Faria. *Culpabilidade e seletividade do poder punitivo*. 2012. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito, Belo Horizonte/MG).

⁹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-124.

⁹⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

⁹⁵ “Nos delitos de ação penal pública, a autoridade policial tem a obrigação de instaurar o inquérito. Não se trata de faculdade. Isso, nos delitos de ação penal pública incondicionada [...]” (JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 08).

⁹⁶ Palavra unguida pelo dogma da verdade real.

⁹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

se, aqui, diante do hiato causado pelo desconhecimento do “fato oculto”, o desejo, compartilhado por todos os agentes que participam decisoriamente da marcha da persecução penal, de desvendar a “verdade”.

Talvez resida neste ponto a questão mais intrincada do Processo Penal, uma vez que o conceito de verdade se veste de enorme fluidez e imprecisão. “Qualquer pesquisa sobre a verdade representa um caminhar em terreno instável [...]”⁹⁸.

Noutros tempos, o conceito de verdade real, absoluta, insofismável, definitiva, era imposto sem críticas e o mar, bem por isto, não andava revoltado para as bandas do Processo Penal, que, por sua vez, numa mansidão, instrumentalizava a manutenção despótica do poder.

Nesse sentido, Felipe Martins Pinto conta que “a busca da verdade real como finalidade da *praxis* judicial fincou-se como um dos principais pilares dogmáticos que sustentavam o processo inquisitório”⁹⁹.

A essa época¹⁰⁰, ao Direito Penal, muitas vezes num amálgama com o Direito Canônico¹⁰¹, era entregue a função de imposição ideológica, manuseando para tal fim um conjunto de dogmas, dentre eles, o da verdade real.

Esta concepção de verdade impulsionava o aparato estatal em direção à busca irracional e apaixonada da revelação do fato oculto.

As permissões de poderes inquisitivos aos juízes, preponderância de determinados elementos de prova¹⁰², ausência dos espaços de participação do imputado e seu defensor¹⁰³, a abjeta tortura, eram a regra, municiando o arsenal dos inquisidores.

⁹⁸ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 109.

⁹⁹ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 28.

¹⁰⁰ Foi a partir da inquisição medieval, sob o papado de Inocêncio III, em meados de 1198, que o modelo de processo inquisitivo foi definitivamente adotado pela Igreja Católica, como forma de garantir sua expansão, consolidar-se como religião oficial, transformando a caça aos hereges o seu principal objetivo (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 269-274).

¹⁰¹ Uma evidência da conjunção entre Estado e Igreja se dá com o surgimento da figura do Padroado: “o Padroado teria, em resumo, consistido no controle das nomeações das autoridades eclesiásticas pelo Estado, que deteria ainda a direção das finanças da Igreja, através da arrecadação dos dízimos. De tal forma a Igreja estaria envolvida nas malhas administrativas do governo, que, ao vulgo, seria difícil enxergá-la como entidade autônoma”. Patrícia Ferreira dos Santos informa que Estado e Igreja “chegavam a confundir-se institucional e juridicamente” (SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748 – 1764)*. 306 f. Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007, p. 28-31).

¹⁰² A confissão era considerada uma prova plena, “pois o que se buscava era a confissão dos pecados que, naqueles tempos, eram a base do conceito de delito” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 371). Importa dizer que certos dogmas persistem no Processo Penal, como a valoração excessiva do testemunho. Outros dogmas, surgiram. Assim foi com a atual importância desmensurada às provas técnico-científicas, chamada por Evanilda Bustamante de “beatificação das provas científicas”: “em consonância com os inegáveis avanços da chamada *forensic science*, tem crescido também o mito de infalibilidade que se atribui a essas espécies de provas, que muitas vezes são erroneamente admitidas como provas dedutivas produtoras de resultados inquestionáveis” (BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. *Provas Científicas e Teorias da Verdade: análise introdutória acerca da necessidade de*

Lembre-se que, conforme acentuado por Foucault¹⁰⁴, o nascimento da tecnologia do inquérito se deu durante a Idade Média, num momento onde os impérios das Coroas Ibéricas, numa simbiose com a Igreja Católica, buscavam sedimentar e expandir suas zonas de domínio. É neste contexto que se firmava o dogma da verdade real.

A lição de Luigi Ferrajoli sobre a verdade real é precisa:

La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida 'verdad sustancial', al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal¹⁰⁵.

Felipe Martins Pinto assegura que, “hoje, somente há espaço para se conceberem verdades relativas”¹⁰⁶.

Pode-se mesmo afirmar que as concessões exigidas para se aceitar a existência da verdade real são incompatíveis com o atual estágio de evolução do pensamento humano.

Geraldo Prado aponta que o ideal inalcançável da verdade real cedeu espaço “a uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneos [...]”¹⁰⁷.

No entanto, semelhante ao personagem ficcional de Gabriel García Márquez, mesmo morta, a verdade real continua “a crescer dentro do caixão”¹⁰⁸.

Assim, o Processo Penal ainda sofre para se desvencilhar deste dogma fundante e, vez por outra, encontra-se aqui e acolá resquícios desta influência.

uma mudança de paradigmas. In: Processo Penal Democrático. MACHADO, Francisco Nogueira; PINTO, Felipe Martins; SOUSA, Marllon (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2016).

¹⁰³ Nos sistemas inquisitivos, como o juiz buscava “a verdade”, esta deveria aparecer da sua própria atividade, tornando-se desnecessária a presença do defensor. O defensor era “encarado como um obstáculo na procura dessa verdade” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 364).

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 75.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 44-45.

¹⁰⁶ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 109.

¹⁰⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 43.

¹⁰⁸ MÁRQUEZ, Gabriel García. *A terceira renúncia. In: Olhos de Cão Azul*. 4. ed. Tradução de Remy Gorga Filho. Rio de Janeiro: Record, 1974, p. 13.

Por esta constatação, a tentativa de adequação da terminologia utilizada no Processo Penal não deve ser escanteada. Deve-se buscar, com ela, o distanciamento da influência dos preconceitos, às vezes, escondidos em definições insuspeitas e na utilização corriqueira de palavras carregadas de signos ultrapassados.

Neste sentido, a terminologia “busca do fato oculto”¹⁰⁹, utilizada por Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen, deve ser criticada. A frase traz consigo a ideia equivocada de que há efetivamente algum registro predefinido sob as sombras.

Há um fato preciso a ser desvendado?

Podem-se perceber aqui traços da teoria da correspondência, segundo a qual é possível “obter o conhecimento absoluto sobre a verdade no Processo Penal, uma perfeita correspondência do enunciado com a realidade”¹¹⁰.

Feita a crítica, faz-se necessário, ainda neste tópico, percorrer algumas linhas sobre a verdade, uma vez que a busca da autoria e materialidade através do inquérito policial, que desemboca por vezes na consequente imputação preliminar, está associada à tentativa de reconstrução histórica do fato e a uma necessária versão dos acontecimentos.

O resultado da inquisição não deixa de ser uma verdade, muitas vezes, sacralizada. Bem por isto, apresenta-se como espaço adequado à profanação¹¹¹.

Para lidar em terreno tão movediço, Felipe Martins Pinto, partindo da premissa de que a verdade é construída a partir da linguagem¹¹² (“a verdade das coisas se encontra na fala”¹¹³), busca em Gadamer o conceito de “fusão de horizontes”¹¹⁴ para o entendimento da construção da verdade no Processo Penal.

Segundo Gadamer, esta fusão se daria entre os horizontes do intérprete e do interpretado, afinal “todo compreender é interpretar e todo interpretar se desenvolve no

¹⁰⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103-106.

¹¹⁰ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 80.

¹¹¹ “A profanação implica, por sua vez, uma neutralização daquilo que profana. Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado perde a sua aura e acaba restituído ao uso. Ambas as operações são políticas, mas a primeira tem a ver com o exercício do poder, o que é assegurado remetendo-o a um modelo sagrado; a segunda desativa os dispositivos do poder e devolve ao uso comum os espaços que ele havia confiscado” (AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 68).

¹¹² PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 116.

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 532.

¹¹⁴ Sobre a ideia de fusão de horizontes, Gadamer afirmar que “o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 503.

medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete”¹¹⁵.

Por suposto, é com desconfiança que se deve lidar com a verdade¹¹⁶.

Do que foi dito, em contraponto à função de “busca do fato oculto”¹¹⁷, depreende-se que talvez fosse oponível a adequada função de reconstrução histórica do fato, através da coleta lógico/racional de evidências, a fim de propiciar subsídios suficientes para a verificação de justa causa para a propositura da ação penal, caso haja lesão a bem jurídico material¹¹⁸.

2.2.3 Desvirtuada função simbólica

Para finalizar a análise dos fundamentos da instrução preliminar, tem vez a apontada função simbólica, que se trata da utilização do inquérito policial como ferramenta para o restabelecimento da tranquilidade social abalada pelo crime¹¹⁹. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal fala em “trepidação moral causada pelo crime”¹²⁰, que vem a ser a ruptura no seio da normalidade.

O Processo Penal Democrático parece não comportar a fundamentação de um procedimento invasivo como o inquérito policial no atendimento de tal função, com margem para usos e abusos autoritários.

A função simbólica a ser exercida pela instrução preliminar criminal trata-se de um mau uso, de uma utilização desligada da finalidade de proteção do indivíduo e de aplicação dos princípios constitucionais do Processo Penal. No entanto, é de se observar que o manejo simbólico do inquérito policial não é solitário e encontra no Direito Penal simbólico uma aliança perniciososa.

Winfried Hassemer já dissecara assim o fenômeno do Direito Penal simbólico:

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 503.

¹¹⁶ O tema, espinhoso, será tratado em capítulo específico. Vide item 3.2.3.

¹¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103-106.

¹¹⁸ Sobre o conceito de bem jurídico material, a ideia externada aproxima-se da proposta de Luigi Ferrajoli, de um direito penal mínimo e uma refundação da jurisdição penal, a partir da hipótese da “*existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 10).

¹¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-109.

¹²⁰ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941*. Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941.

El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que esta menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una “necesidad de acción”. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia¹²¹.

Há, pois, uma simbiose entre o Direito Penal simbólico e a instrumentalização do Processo Penal para o exercício da função simbólica punitivista. Pode-se dizer que se completam e sustentam a mesma estrutura equivocada. Eis que possuem uma íntima relação, já que “o Direito Penal não toca sequer em um fio de cabelo do delinquente”¹²², necessitando do Processo Penal para fazer o escalpe.

Embora a função simbólica não possa fundamentar legitimamente a existência do inquérito policial, é de se reconhecer que, muitas vezes, a estrutura da instrução preliminar criminal é manuseada para atingir tal mister¹²³.

O inquérito não se fundamenta na função simbólica, não é voltado, no Processo Penal Democrático, para cumprir tal missão, no entanto, é comum a manipulação da investigação criminal como símbolo de afirmação/negação de ideologias¹²⁴, transfigurando o procedimento prévio em falseada pena.

Além disso, não é de se olvidar, como será pormenorizado neste estudo¹²⁵, que a desvirtuação da instrução preliminar criminal transporta seus efeitos para a fase processual, podendo-se constatar que, por exemplo, “existe uma notória resistência dos tribunais em

¹²¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

¹²² ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 109.

¹²³ Oportuno trazer os exemplos ocorridos a partir de junho de 2013, com as manifestações populares que tomaram conta do país, em que alguns manifestantes (autodenominados *black blocks*) foram presos e indiciados por infringência às normas da Lei de Segurança Nacional – Lei n. 7.170/1983. São em momentos de tensão social, que as reais facetas das polícias civis e militares se revelam com plenitude. O Inquérito Policial n. 1069/2013 – 3ª DP/SP, combatido pelo *Habeas Corpus* n. 0025142-65.2014.8.26.0050 – TJ/SP, é ilustrativo. A paciente, que manifestara nas ruas em favor dos professores da rede pública de ensino, fora presa e indiciada pelo crime previsto no artigo 15, *caput*, da Lei nº 7.170/1983, art. 65 da Lei nº 9.605/1998 e arts. 163, parágrafo único, II, 286 e 288 todos do Código Penal, sendo que a capitulação do art. 286 do Código Penal (incitação ao crime) se deu pelo porte de um livro de poesia! engajada, conforme se vê na petição inicial do *Habeas Corpus*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/luana-bernardo-lobes-peticao-hc.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

¹²⁴ “As instituições criam mecanismos para traduzir ideologias”, é a conclusão de Philip Zimbardo, a partir de seus estudos empíricos (ZIMBARDO, Philip. *O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más*. Tradução de Tiago Novaes Lima. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 30).

¹²⁵ Vide item 3.2.3.3.

absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva”¹²⁶, medida cautelar vulgarizada no trâmite do inquérito.

Isto porque, conforme Bernd Schünemann concluiu em suas pesquisas sobre a manipulação do juiz no Processo Penal, “o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado [...]”¹²⁷.

Portanto, nasce a dúvida se, na atualidade, a utilização do potencializado inquérito policial, exaustivamente fraturado de sua finalidade, com a publicidade requerida pela *mass media*, compartilhado seletivamente e ao sabor do espetáculo, estigmatizando perenemente os envolvidos¹²⁸, possui a inconfessa, mas equivalente, serventia dos autos-de-fé e das penas infamantes da Idade Média¹²⁹.

Haveria, talvez, uma atração para a fase preliminar, com outra roupagem, do objetivo infamante encontrado em outros tempos na proclamação e execução da pena. A imunização da fase processual talvez tenha revelado a fragilidade da instrução preliminar para influxos irracionais.

¹²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 71.

¹²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 211.

¹²⁸ Aponte-se para a tendência recente da jurisprudência do STJ em reconhecer o direito ao esquecimento, quando ausente a contemporaneidade da notícia, no caso de fatos desabonadores, de natureza criminal, veiculados pela mídia televisiva (com ressalva dos fatos genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer inviável). No Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ é reconhecida a dificuldade em lidar com o exercício do direito ao esquecimento quando os fatos persistem registrados/compartilhados na *internet*. O Superior Tribunal de Justiça repudia o fenômeno de simplificação midiática do fenômeno criminal na redução binária "bandido" vs. "cidadão de bem", com consequente processo de estigmatização do imputado, conforme registrado no acórdão do Recurso Especial citado. Vale reproduzir um pequeno trecho do acórdão: “[...] A permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do ‘direito ao esquecimento’ pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097 – RJ*. Julgado em 28 mai. 2013. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão).

¹²⁹ João Bernardino Gonzaga descreve as solenidades de exposição dos condenados, características da Santa Inquisição: “proferidas decisões em vários casos, realizava-se um ato público e solene em que elas eram proclamadas diante da multidão para esse fim reunida. Tais solenidades se chamavam em Portugal ‘autos-de-fé’, designação que logo se estendeu a outros países. Tinham por objetivo restaurar no povo a pureza da fé, deturpada pelas heresias, intimidar hereges ocultos e fortalecer cristãos vacilantes. Nelas, os réus arrependidos proclamavam sua abjuração e os impenitentes recebiam as penas canônicas ou eram entregues (eram ‘relaxados’, como se dizia) ao braço secular. [...] Os símbolos que os condenados deviam exibir em suas roupas reputam-se hoje de finalidade infamante. Na época, não seria bem assim, mas mais propriamente a ostentação, pelo penitente, de que havia pecado e dava público testemunho de arrependimento. A medida caiu porém em desuso porque na realidade expunha o condenado ao desprezo e a maus-tratos de populares. Para os casos comuns de heresia, consistia em cruces de pano cosidas na frente e no dorso das vestes. Dois martelos de feltro amarelo indicavam os acusados em liberdade provisória; tecidos vermelhos em forma de língua eram reservados aos que haviam falsamente acusado alguém de heresia; distintivos representando hóstias destinavam-se àqueles que haviam profanado o sacramento da Eucaristia etc.” (GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 121 e p.134).

É patente que cada dia fica mais difícil cumprir a sentença de Beccaria: “a prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida”¹³⁰. Tampouco sobre o imputado, cuja inocência é um princípio e deve guardá-lo, sem diminuição, por toda a perseguição.

Relembre-se que, para Foucault, “a revolução burguesa do século XVIII e início do século XIX foi a invenção de uma nova tecnologia do poder, cujas peças essenciais são as disciplinas”¹³¹. Neste contexto, “a punição deverá ser exercida de tal modo que se punirá exatamente tanto quanto for necessário para que o crime não recomece [...]”¹³², para que se mantenha a normalidade através do exemplo. Afinal, o desejo do crime “é sempre correlativo de uma falha, de uma ruptura, de uma fraqueza, de uma incapacidade do sujeito”¹³³.

Numa sociedade em que o investimento das estruturas de poder, segundo Foucault, é para tornar o homem “dócil e útil”¹³⁴, não causa estranheza a deturpação da destinação da instrução preliminar com a intenção de atingir esta meta (ilusória, diga-se, porém, pernicioso).

Este denunciado processo de normalização parece ter continuidade na atualidade, com a novidade de encontrar em seu caminho a contemporânea pressão da complexidade¹³⁵.

Sim, Bauman conta que “o pressuposto tácito de que a contingência e a aleatoriedade, uma profusão de acidentes e a imprevisibilidade geral dos eventos eram anomalias”¹³⁶, caiu por terra.

A previsível Era da Modernidade já está no passado¹³⁷ e, agora, veem-se outros dispositivos de disciplina tomando as rédeas, numa aliança com os dispositivos de normalidade já existentes, tornando ainda mais doloroso o processo.

¹³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, p. 46.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martinsfontes, 2013, p. 75.

¹³² FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martinsfontes, 2013, p. 75.

¹³³ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martinsfontes, 2013, p. 19.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martinsfontes, 2013, p. 166.

¹³⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.

¹³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 43.

¹³⁷ “A maioria dos teóricos afirma que as sociedades contemporâneas demonstram um novo ou reforçado grau de fragmentação, pluralismo e individualismo. Isso se relacionaria em parte com as mudanças ocorridas na organização do trabalho e na tecnologia, destacadas pelos teóricos pós-fordistas [...]. As instituições práticas típicas da nação-estado são correspondentemente debilitadas [...]. Os pós-modernistas podem sustentar seu argumento mencionando um desengajamento e desencanto gerais com a política [...]. Esse fato sugere um retraimento e um ceticismo consonantes com a desmoralização das grandes narrativas” (KUMAR, Krishan. *Da*

Diante do choque dos mecanismos tradicionais de disciplina (dentre eles, o Direito) com a inusitada variável da complexidade social, o processo de estabilização se reinventa e resvala “para sua versão mais drástica”¹³⁸.

Neste sentido, nos presentes dias, pressionando e impulsionando o Direito para o leito das expectativas (de consumo)¹³⁹, aparece uma estrutura poderosa de normalização: a *mass media*¹⁴⁰.

Rui Cunha Martins certifica que, “mais do que qualquer outra, a comunicação social surge como um eficiente produtor de códigos binários e, dessa maneira, um competente redutor de complexidade”¹⁴¹.

Presencia-se a *mass media* tensionando as agências executivas do sistema penal por uma resposta imediata ao cometimento do crime¹⁴², punindo de pronto (ainda que sem uma

sociedade pós-industrial à pós-moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 132 e 145).

¹³⁸ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.

¹³⁹ “Por conseguinte, sempre que a participação da maquinaria processual das expectativas no campo do direito se processa por intermédio do sistema de comunicação – e os *media* são hoje, de fato, o principal agente processador dessa interpenetração – é frente a lógicas de consumo que o sistema jurídico se encontra. Os problemas daí decorrentes são de vária ordem” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64).

¹⁴⁰ No mundo contemporâneo, “a mídia não apenas comunica como constrói. Em sua pura escala e ubiquidade, ela está construindo um novo ambiente para nós, um ambiente que exige uma nova epistemologia social e uma nova forma de resposta. A mídia criou uma nova ‘realidade eletrônica’, saturada de imagens e símbolos, que obliterou todo e qualquer sentido de realidade objetiva por trás dos símbolos. [...] O mundo, nosso mundo, torna-se puramente um mundo de ‘simulação’, a geração, através de modelos, de um real sem origem ou realidade: um hiper-real. Na hiper-realidade não é mais possível distinguir o imaginário do real, nem o signo de seu referente, e ainda menos o verdadeiro do falso” (KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 134).

¹⁴¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

¹⁴² O trágico incêndio na boate Kiss, em Santa Maria/RS, ocorrido em 27 de janeiro de 2013, matou 241 pessoas e feriu outras 623, causando comoção no Brasil e obtendo repercussão internacional. Toda a imprensa cobriu em tempo real o acontecimento e cobrava à época, diante da revolta da população, estarecida com as chocantes imagens, uma pronta resposta do Direito Penal, com resultado imediato nas investigações e, se possível, uma punição célere e exemplar. Diante do inelutável tempo do Processo Penal (processo é tempo), o inquérito policial veio em auxílio, com imputações prematuras, mas espetaculares e rápidas (porque evidentes), de forma a cumprir a função simbólica denunciada por Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-124). Já em 22 de março de 2013, a Polícia Civil de Santa Maria concluiu o inquérito 94/2013/150501 (com os holofotes devidos e entrevista coletiva). Naquela feita, 16 pessoas foram apontadas pelos investigadores como responsáveis pela tragédia e indiciadas, inclusive o vocalista da banda, M. J. S, “como incurso 241 vezes nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, inciso III (asfixia), do Código Penal Brasileiro, e 623 vezes nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, inciso III (asfixia), c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal Brasileiro, e artigo 250, parágrafo 1º, II, ‘b’, do Código Penal Brasileiro, todos na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal Brasileiro”. A infeliz inadvertência do vocalista, na utilização do inapropriado apetrecho (sinalizador) que iniciara o incêndio, culminou, para atender as expectativas da *mass media* e da opinião pública, no manejo espetacular do inquérito policial e na imputação preliminar de 241 homicídios qualificados. Outros indiciamentos desta monta podem ser vistos no relatório. Posteriormente, fora instaurado outro Inquérito Policial n. 001/2013/3ª DPR, vinculado a fatos conexos (irregularidades nos procedimentos de licenciamento da Boate

sentença condenatória transitada em julgado, mas com uma imputação superficial e estigmatizante), ao sabor das evidências, desconhecendo garantias e direitos fundamentais, tendo a opinião pública como juiz da eficiência do aparato estatal¹⁴³.

Nesta perspectiva, as estruturas do Direito, dentre elas a instrução preliminar criminal, açoitadas pela *mass media*, cumpririam uma ilegítima e inapropriada função simbólica.

2.2.3.1 Função simbólica e sistema penal cautelar

A deturpada função simbólica que, por vezes, se espera da instrução preliminar criminal, tem-se revelado também pela via da vulgarização da concessão de medidas cautelares. A restrição a direitos fundamentais, em sede de instrução preliminar criminal, sem os requisitos que legitimam materialmente a cautelaridade¹⁴⁴, tornou-se lugar comum.

Discorrendo sobre tais requisitos, Eugênio Pacelli, diz que “toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida [...]”¹⁴⁵. Para o autor, tais referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares decorrem do princípio da proporcionalidade, que, neste campo, exerce duas funções:

Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação; na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato¹⁴⁶.

Kiss) e relatado com outros 18 indiciamentos (BRASIL. Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Polícia Civil. *Relatório do Inquérito Policial n. 94/2013/150501 – Santa Maria/RS*. 22 mar. 2013 e *Relatório do Inquérito Policial n. 001/2013/3ª DPR – Santa Maria/RS*. 17 jul. 2014).

¹⁴³ “Na televisão, os âncoras são narradores participantes dos assuntos criminais, verdadeiros atores – e atrizes – que se valem teatralmente da própria máscara para um jogo sutil de esgares e trejeitos indutores de aprovação ou reproche aos fatos e personagens noticiados. Este primeiro momento no qual uma acusação a alguém se torna pública não é absolutamente neutro nem puramente descritivo. A acusação vem servida com seus ingredientes já demarcados por um olhar moralizante e maniqueísta; o campo do mal destacado do campo do bem, anjos e demônios em sua primeira aparição inconfundíveis” (BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, p.14. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016).

¹⁴⁴ No caso de prisão, como requisito o *fumus commissi delicti* e como fundamento o *periculum libertatis* (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 298). Pacelli lembra que, “em tema de medidas cautelares é comum o recurso às expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *libertatis*), significando a aparência do bom direito e o perigo da demora, valendo também, em matéria penal, o *fumus commissi delicti*, a ser traduzido pela aparência do fato delituoso” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 495).

¹⁴⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 497.

¹⁴⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 498-499.

Raúl Zaffaroni enfrentou o tema do sistema penal cautelar latino-americano, denunciando a inversão do sistema penal pela adoção maciça de medidas de contenção provisória¹⁴⁷, com desobediência dos elementos essenciais legitimadores da exceção.

Tal faceta do Processo Penal latino-americano levou o autor a identificar efetivamente práticas de um “autoritarismo *cool*”¹⁴⁸, inserido numa região de “sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas, mas sim mais prisioneiros preventivos [...]”¹⁴⁹.

Zaffaroni afirma que, por aqui, “o exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro [...]”¹⁵⁰.

O autor prega a necessidade do reducionismo radical do sistema penal cautelar e diz da urgência da assunção sincera de sua natureza punitivista, que, por óbvio, clarificaria sua ilegitimidade¹⁵¹.

Como sustentar logicamente um sistema amparado na periculosidade da suspeita¹⁵², sustentado por evidências, em contraposição a princípios constitucionais sólidos?

Vê-se que a expansão das medidas cautelares está ligada diretamente à condensação de efeitos e repercussões da imputação havida ainda na fase preliminar¹⁵³.

Alerte-se que, tanto a concessão de cautelares quanto a imputação preliminar, esteiam-se em rudimentos de verdade, em evidências¹⁵⁴, carentes de mecanismos críticos de verificação, anacronicamente responsáveis por substantivos e definitivos efeitos ao patrimônio jurídico do investigado.

Por outro lado, a verdade no Processo Penal, por trazer consequências que se estribam na lógica da argumentação defendida, deve ser construída no campo da democraticidade, sob o embate paritário do pleno contraditório¹⁵⁵. E, como assevera Geraldo Prado, o Processo Penal, “em um Estado Democrático e, principalmente, em uma sociedade também

¹⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 109-114.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70-81.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 74.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 77.

¹⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113- 114.

¹⁵² ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 110.

¹⁵³ “Com efeito, seja pela própria estrutura da polícia (neste ponto notadamente a polícia civil), seja pelo distanciamento natural que o homem comum tem em relação ao Poder Judiciário, este, no imaginário da maior parte da população, inacessível, acaba-se por identificar a autoridade policial como a verdadeira realizadora da justiça criminal, e seus atos encarados como tal” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 144).

¹⁵⁴ “[...] Uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 03).

¹⁵⁵ Incabível em sede de instrução preliminar criminal.

democrática, revela-se produto da contribuição dialética de muitos e não da ação isolada de um só”¹⁵⁶.

A ausência do dissenso sobre as inferências trazidas pelo inquérito policial exige uma avaliação precavida sobre a espécie de verdade ali construída e, necessariamente, leva a questionamentos sobre a legitimidade de suas implicações.

Em passagem sobre o tema, Rui Cunha Martins ensina que, “diferentemente da prova, a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação da sua própria verdade, pondo-se por si [...]”¹⁵⁷.

Lembre-se que o Processo Penal se desenvolve de maneira escalonada¹⁵⁸, “que leva a uma progressiva ou regressiva concreção dos elementos objetivos e subjetivos que sustentam a imputação”¹⁵⁹. Na esteira desse raciocínio, se, para a instauração do inquérito policial, basta a possibilidade, para adoção de medidas cautelares e admissão da ação penal, é imprescindível um juízo de probabilidade¹⁶⁰, uma suspeita suficiente¹⁶¹.

Neste sentido, as evidências que permitem exceções às liberdades do indivíduo ou iniciem o processo penal (sempre evidências), deveriam ser contraditadas por mecanismos exteriores de avaliação¹⁶², de forma que, somente se persistissem hígidas à conclusão pela necessidade e proporcionalidade, ainda que questionadas em suas razões de fundamento, produziriam seus efeitos. A satisfação do sistema com sua imposição autoritária, oriunda da legitimidade dos atos dos agentes envolvidos e do impulso punitivista, é incongruente.

Diante da inadequação apontada, resta fazer o contraponto com a assertiva de Ferrajoli: “*un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son*

¹⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 39.

¹⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

¹⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-106. Para Sérgio Pitombo, “há, portanto, escala de menos para mais, em relação à posição averiguada da autoria, a saber: suspeito, indiciado e réu penal” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315).

¹⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

¹⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

¹⁶² MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

*previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos [...]”*¹⁶³. As decisões baseadas na autoridade, desvestidas de processo dialético de confrontação, não parecem se legitimar, portanto.

O caminho até o atingimento da probabilidade e suficiência deveria atravessar a crítica dialética, por lógico.

Constata-se, ao contrário da argumentação apresentada, na atualidade, o fenômeno de concentração dos efeitos da evidência para motivar medidas de excepcionalidade às liberdades individuais.

Se há uma diferença crucial entre a prova, método de produção de “certeza do tipo jurídica”¹⁶⁴, essencialmente vinculada ao contraditório e à ampla defesa, e a evidência, “que dispensa a prova”¹⁶⁵, como justificar que o juízo desta última seja capaz de legitimar decisões que, possivelmente, sejam mais gravosas que as consequências trazidas pela sentença transitada em julgado?

Já em 1877, Concepción Arenal alertava que condicionar um homem a uma grave pena, “como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distante da justiça”¹⁶⁶.

Portanto, a natureza cautelar das medidas, condicionadas “à presença do binômio necessidade + adequação”¹⁶⁷, não parece dispensar a presença prévia de um defensor a resguardar a crítica racional e o contraponto das versões apresentadas pelos inquisidores.

A atual configuração, a dispensar a ciência da parte contrária (com as permissões do art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida”¹⁶⁸, e do art. 7º, § 11º, da Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com as alterações trazidas pela Lei n. 13.245/2016, “risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”¹⁶⁹), e, com isso, amputar da decisão judicial, em sede de instrução preliminar, os dispositivos exteriores de

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 104-105.

¹⁶⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 318.

¹⁶⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 03.

¹⁶⁶ ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciarios*. Madrid: 1877 apud ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113.

¹⁶⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 553.

¹⁶⁸ BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941.

¹⁶⁹ BRASIL. *Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016*. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Diário Oficial da União, 13 jan. 2016.

avaliação, fragiliza os direitos individuais em favor da celeridade e de uma herança autoritária.

Afinal, “apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e [...] apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrático”¹⁷⁰.

Se, de fato, o imputado, sob pena de ineficácia da medida cautelar, deva ser alijado do procedimento, melhor andaria o sistema se a ele fosse designado defensor exclusivamente para o ato (*ex lege*), sob o compromisso de confidencialidade e com registro de todo ocorrido, para posterior contradita.

Neste diapasão, a previsão do art. 261 do CPP, que prevê que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”¹⁷¹, traz substantivamente a norma de que a ausência do imputado não é motivo suficiente para alijá-lo da defesa técnica. Mesmo diante da pretensão estatal da eficácia instrutória, persiste hígida a garantia da indisponibilidade do direito de defesa¹⁷².

Em casos extremos, como a representação/requisição de concessão de medidas cautelares em sede de instrução preliminar, com conseqüente imputação (em sentido amplo¹⁷³), ainda que não formalizada no ato do indiciamento, seria possível argumentar, para melhor equalização do sistema, a necessidade da aplicação da norma apontada, guardadas as peculiaridades para reserva da surpresa e da compatibilidade da medida.

Aliás, nem mesmo, porventura, a existência do juiz das garantias¹⁷⁴ e a discutível imparcialidade¹⁷⁵ do Ministério Público (como defensor da ordem jurídica) supririam a carência de uma contradição defensiva perante requisições de medidas cautelares. Sem dúvida, é diversa a atividade de controle das garantias e a função de contradição dialética. Note-se, ainda, que, diante da possibilidade da restrição de direitos fundamentais, “a defesa é necessária, indeclinável”¹⁷⁶.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 75.

¹⁷¹ BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 261.

¹⁷³ Vide item 3.1.

¹⁷⁴ Com previsão nos arts. 15 a 17 do Projeto do Novo Código de Processo Penal.

¹⁷⁵ Para Eugênio Pacelli, o Ministério Público “tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 452).

¹⁷⁶ Referida observação é extraída dos comentários de Fernandes Scarance a respeito da defesa ante a possibilidade de imposição da pena. Vemos total correspondência da conclusão às necessidades das medidas cautelares, já que estas se tratam de restrições a direitos fundamentais, e, hoje, têm seu espectro alargado (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25).

Diga-se que a discussão crítica das requisições de exceção aos direitos individuais em sede de instrução prévia, feitas com procedimentos céleres e prazos encurtados, não seria obstáculo intransponível à consecução urgente de coleta de elementos e restrições cautelares a direitos fundamentais.

Hoje, com a configuração ainda pendente de uma democratização dos institutos, a forma realizada não deixa de ser reconhecidamente morosa, o que espanca o argumento mencionado¹⁷⁷.

Não obstante, no caso brasileiro, não há o confronto necessário às evidências que podem acarretar limitações significativas aos direitos fundamentais.

A discussão quanto à plausibilidade dos elementos indiciários coletados pela polícia fica restrita à própria polícia, ao órgão da acusação e ao juiz da causa (muitas vezes imerso na investigação), que, desde já, é contagiado pelas inferências trazidas e pelas versões apresentadas.

Além da ausência de crítica efetiva à versão apresentada pela autoridade policial, há, neste nódulo, por outro lado, o mergulho do juiz da causa no conjunto de indícios, com prejuízo à imparcialidade¹⁷⁸. Lembre-se que o direito a um juiz ou tribunal independente e imparcial está garantido no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e, apesar da previsão, ainda não conta o Processo Penal brasileiro com a efetividade da norma.

A propósito, a angústia que surge da constatação da separação entre normatividade e efetividade é uma constante no Processo Penal, já externada inclusive por Luigi Ferrajoli:

Si se pasa ahora del plano de la normatividad al de la efectividad, es fácil constatar que los principios citados quedan más o menos burlados, y no sólo por la praxis judicial y policial – bastante a menudo ilegales o, al menos, al margen de la legalidad formal – sino, en primer lugar, por la propia legislación ordinaria¹⁷⁹.

No caso de concessão de medidas cautelares no percurso do inquérito policial, rememorando que no ordenamento jurídico brasileiro não há a figura autônoma do juiz de

¹⁷⁷ Ainda porque as diligências apontadas pelo Estado persecutor como essenciais, ainda que demoradas, aumentando a angústia do investigado, são necessariamente realizadas, ao passo que diligências em favor da defesa do investigado, por muito pouco, são tidas como procrastinatórias.

¹⁷⁸ “A imparcialidade do juiz é o pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório, basilar em um processo penal democrático” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 224).

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p.707.

garantias¹⁸⁰, o juiz que julgará a causa se imiscui prematuramente nos meandros do inquérito, viciando, desde então, sua convicção, por contágio com os registros das evidências¹⁸¹. É esse juiz contaminado, sem confrontação com a tese oposta, que tenderá a uma decisão cautelar prejudicial ao investigado, muita vez, de efeitos irreversíveis.

Neste ponto, cabe dizer que, deferida a medida cautelar pelo juiz que decidirá a causa (uma vez que não existe, no ordenamento pátrio, o juiz de garantias, repita-se), medida esta escorada em evidências, o juiz se vê fadado, quando da decisão do mérito, à confirmação da hipótese que o levará à decretação da restrição de direitos fundamentais, nos exatos termos da constatação de Bernd Schünemann:

Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por Festinger, na versão de Irle, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado, segundo o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de autoconfirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita ('acolhida pelo ego'), tratem-se eles de informações consonantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador¹⁸².

Não é por outro motivo que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁸³ já pacificou a tese de que, em Processo Penal, “em definitivo, a prevenção é uma causa de exclusão da competência”¹⁸⁴.

Por fim, é necessário pontuar que, apesar do incômodo comparecimento de algumas garantias nos eventos reservados do Processo Penal, não é outra sua função senão acabar com a festa arbitrária: “*la función específica de las garantías en el derecho penal, [...] en realidad*

¹⁸⁰ Figura prevista no art. 14 da redação final do Projeto do Novo Código de Processo Penal, aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei n. 156/2009) e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei n. 8045/2010).

¹⁸¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21-25.

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

¹⁸³ Vide item 4.1.

¹⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva”¹⁸⁵.

Das discussões havidas, após percorrer a tríade de fundamentos eleita para servir de mote à discussão do atual papel da instrução preliminar criminal, chega-se à conclusão de que, numa perspectiva constitucional do Processo Penal, o inquérito somente pode trazer como razão de existência 1) a proteção do indivíduo contra acusações infundadas e, por outro lado, 2) a reconstrução histórica do fato, através da coleta lógico/racional de evidências, com intuito de propiciar elementos suficientes para a verificação de justa causa para a propositura da ação penal, caso haja lesão a bem jurídico material.

É a partir do entendimento das bases da instrução preliminar criminal que se faz, a seguir, a análise pormenorizada da imputação preliminar da persecução penal e de sua formal exteriorização, o indiciamento.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 92.

3 A IMPUTAÇÃO

3.1 CONCEITUAÇÃO AMPLA DA IMPUTAÇÃO

A imputação, em sentido restrito, é o juízo de atribuição da responsabilidade a alguém pela prática de determinado crime¹⁸⁶, adstrito ao momento posterior à investigação, a partir da instauração do processo, mediante acusação formal do Ministério Público, “precisa, determinada, lastreada em elementos fortes de convicção que sustentem razoável suspeita em torno da pessoa imputada”¹⁸⁷.

Contudo, diante da análise conceitual do tema, é constatável que, anteriormente à acusação formal, ainda em sede de instrução preliminar criminal, “pode haver juízo idêntico, atribuindo a pessoa determinada a responsabilidade pelo fato apurado e sujeitando-a a restrições, às vezes graves como a prisão”¹⁸⁸.

A partir da verificação de existência de um possível juízo de atribuição de responsabilidade penal anterior à acusação do *parquet*, é forçoso reconhecer a necessidade de uma conceituação ampla da imputação, e, conseqüentemente, desde a instrução preliminar, “assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa”¹⁸⁹.

Note-se que, embora amplo, o conceito de imputação não pode ser excessivamente alargado, sob risco de esvaziamento¹⁹⁰. Não basta a indicação de autoria feita por qualquer do povo ou pelo ofendido, tampouco mera impressão da autoridade sobre o fato e sua autoria. Para tal configuração, faz-se necessária a convergência lógica de indícios¹⁹¹, minimamente

¹⁸⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

¹⁸⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁸⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁸⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁹⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

¹⁹¹ Ao discorrer sobre o indiciamento, Pitombo traz lição que se adequa e restringe a configuração da imputação: “o indiciamento que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticantes de ato ou de atos havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis. Mais que pressupõe, o indiciamento necessita, em consequência, de suporte fático positivo de culpa penal, *lato sensu*” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 313).

atestáveis, bem como razoável exercício dedutivo¹⁹² realizado por agente público legalmente investido do poder-dever de imputação.

Antônio Scarance Fernandes, ao discorrer sobre a reação defensiva à imputação, adota a conceituação ampla do instituto, justificando da seguinte maneira:

Vista a imputação nessa forma ampla, como juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de infração penal, sem ser o ato ou estar vinculada a ato determinado, existe desde a fase de investigação, não ficando circunscrita ao momento em que é formulada a acusação e se instaura o processo. Instalada a persecução, a autoridade encarregada da investigação pode durante o desenvolvimento do inquérito policial formular juízo no sentido de se determinar o provável autor do crime apurado, passando a tratá-lo como tal. Este passa a ser o imputado¹⁹³.

Portanto, pela atual sistemática do Processo Penal brasileiro, apresenta-se inegável a possibilidade de um juízo de valor sobre a conduta do suspeito, ainda na fase preliminar da *persecutio*, com relevantes repercussões em sua esfera jurídica. Esta constatação impele à adoção lógica do conceito amplo¹⁹⁴ de imputação, bem como instiga à análise aprofundada do tema, destrinchando sua natureza jurídica e repercussões.

3.2 A IMPUTAÇÃO PRELIMINAR

De início, é de se verificar que a realização de investigações a respeito do cometimento de um crime aglutina um conjunto de elementos indiciários que, muitas vezes, a partir do exame dos investigadores, aponta para um suspeito (ou suspeitos) a provável autoria do ato delituoso. Segundo Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen, aqui há um passo além da suspeição e da mera possibilidade de cometimento do crime pelo sujeito¹⁹⁵, o que permitiria a atribuição de um novo *status*: imputado ou, por vezes, quando formalmente exteriorizada a imputação, indiciado.

Sérgio Pitombo analisou o tópico com esmero:

Diferem, segundo a razão, as figuras do suspeito e do indiciado. Com efeito, existem dois juízos, quanto à autoria, na fase procedimental da *persecutio criminis*, a saber: do possível e do provável. Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é

¹⁹² Vide item 3.2.6.1, em que se discorre sobre justa causa e motivação da imputação preliminar.

¹⁹³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

¹⁹⁴ “Não se vê, contudo, diferença conceitual entre as imputações denominadas ampla e estrita, pois ambas contêm o mesmo núcleo essencial, consistindo em atribuição de infração penal a alguém” (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105).

¹⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431-432.

contraditório. Inexistem motivos fortes pró ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja. Aflora como suspeito. Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões robustas, porém ainda não decisivas. Não bastante suficientes, senão para imputar. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não seja. Deve, portanto, ser indiciado¹⁹⁶.

José Frederico Marques identifica como imputação esta responsabilização de um suspeito como autor de um fato tido como criminoso, afirmando que, sem ela, não há a instauração da persecução penal¹⁹⁷.

Para De Plácido e Silva, a imputação “é a simples atribuição de causa, sendo, no sentido penal, tomada na equivalência de incriminação”¹⁹⁸.

Por sua vez, Maurício Zanoide de Moraes ensina que “há uma imputação penal a partir do instante que algum ato estatal praticado revela aquele juízo de valor”¹⁹⁹, corroborando a assertiva de que “o juízo de atribuição de uma infração a alguém é o primeiro passo da persecução penal [...]”²⁰⁰.

Andrea Verger, ao comentar sobre a inscrição do nome do investigado na notícia do crime (instituto existente no modelo italiano da *indagine preliminare*, entregue ao Ministério Público e semelhante ao indiciamento, como se verá em capítulo específico²⁰¹), afirma que o convencimento que leva à individualização do sujeito à qualidade de pessoa submetida a uma investigação deve passar por um processo cognoscitivo indispensável, subjetivo, mas cujo resultado emerge da idoneidade de elementos indiciários e não de meras suspeitas²⁰².

Scarance afirma que a imputação criminal é a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal²⁰³. Para ele, trata-se de um juízo, externado através de um ato da “autoridade encarregada da persecução penal”²⁰⁴:

¹⁹⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 314.

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

¹⁹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 436.

¹⁹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 491-492.

²⁰⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 492.

²⁰¹ Vide item 4.2.

²⁰² VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 17-18.

²⁰³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

²⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108.

Sem dúvida, para se atribuir a alguém um fato, há necessidade de um juízo, de uma avaliação. Enquanto juízo, essa atribuição não se externa e, para isso, exige algum ato, alguma manifestação concreta. Todavia, a imputação em si não é o ato pelo qual se manifesta, mas o juízo que esse ato revela²⁰⁵.

Importante consignar que “nem sempre o juízo de imputação externa-se por ato certo e determinado, podendo na investigação mostrar-se pela maneira como a pessoa suspeita é tratada em várias manifestações da autoridade policial”²⁰⁶. Embora sem um ato formal de imputação, que seria o indiciamento²⁰⁷ (na sistemática pátria), pode-se revelar o juízo de imputação através de atos da autoridade inquisidora que demonstrem sua avaliação do sujeito como provável autor do crime²⁰⁸.

Portanto, para Scarance, em sua essência, a imputação seria o juízo de atribuição da conduta de alguém (provável autor) à prática delituosa²⁰⁹. Há, então, dois juízos: um juízo sobre a provável autoria e o juízo sobre a delituosidade da conduta.

Veja-se que o juízo conclusivo da autoridade pela imputação não fica adstrito à descrição do fato reconstruído, senão que o identifica, numa operação dedutiva, a uma figura típica penalmente definida.

Para Nucci, “a autoridade policial, ao receber a *notitia criminis* ou a *delatio criminis*, constata a existência de um fato bruto. Investigando, deve, se for o caso, dar a sua definição jurídica, classificando-o”²¹⁰.

Abordando o tema da verificação jurídica, Luigi Ferrajoli afirma:

*También la verificación jurídica, al igual que la fáctica, es el resultado de una inferencia: no, pues, de la observación directa de los hechos, y ni siquiera de la simple interpretación de la ley, sino de un razonamiento comúnmente llamado ‘subsunción’, que tiene la naturaleza de un procedimiento clasificatorio*²¹¹.

²⁰⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

²⁰⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

²⁰⁷ Para Pitombo, indiciar “consiste, pois, em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. Indiciamento é o ato, ou efeito, de assim o fazer” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 313).

²⁰⁸ Já a imputação em sentido restrito sempre é formalizada mediante a acusação do Ministério Público.

²⁰⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 54.

Assim, “a primeira análise do fato, com a finalidade de constatar se representa fato definido como infração penal e de qualificá-lo, é feita pela autoridade policial a fim de verificar se instaura o inquérito policial”²¹². O próprio Código de Processo Penal, no seu art. 4º, assim o exige, ao trazer como finalidade do inquérito policial “a apuração das infrações penais [...]”, impedindo, por óbvio, a investigação do que não seja ilícito.

Ora, é à polícia judiciária²¹³, em regra, ainda na fase preliminar, que caberá esta primeira avaliação e classificação do ato, num exame superficial²¹⁴, e a possível responsabilização do investigado pelo seu cometimento (imputação).

A imputação preliminar se dá a partir da reconstrução unilateral (com pouquíssimas brechas para a participação defensiva) de um ato tido como criminoso e de suas circunstâncias. Embora a imputação seja de atribuição de cometimento de um ato, a classificação típica é indissociável desta e tem repercussões essenciais.

Ainda que precária e sujeita a correções pelo Ministério Público (quando da denúncia ou em requisições que se fundamentem na imputação preliminar) ou pelo judiciário (em qualquer momento decisório)²¹⁵, a tipificação da imputação preliminar orienta a possibilidade de concessão de fiança por parte da autoridade policial (art. 322 do CPP); orienta o prazo de conclusão do inquérito, bem como determina a primeira remessa para o juízo possivelmente competente; além de ser condição elementar para balizar a autoridade quanto à possibilidade de representação por medidas cautelares²¹⁶.

Sobre o tema, inevitável lembrar que Hans Kelsen teorizou a respeito do princípio ordenador da imputação²¹⁷, numa concepção que, conquanto ampla, não pode passar despercebida. Para Kelsen, a imputação seria a ligação dos elementos na proposição jurídica,

²¹² FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138.

²¹³ Ressalvada a exceção do parágrafo único do art. 4º do CPP, com possibilidade de previsão legal de outras autoridades administrativas investigantes.

²¹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

²¹⁵ Geraldo Prado afirma que “o ideal, conforme o princípio acusatório, é que apenas ao autor seja permitido alterar a qualificação jurídica do fato, em qualquer hipótese” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 168). Esta observação atesta a conveniência de que a imputação seja entregue em definitivo e desde a fase preliminar ao Ministério Público, legítimo titular da *opinio delicti*.

²¹⁶ “A imputação indiciária favorece o conhecimento dos procedimentos adotados pelo condutor do inquérito” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77).

²¹⁷ *Vergeltung*, no original alemão. Tal conceito extrapola a ideia de inculpação.

com legitimidade em norma estabelecida pelo ordenamento, fazendo autêntica cópula entre os elementos e a proposição²¹⁸.

Veja que não é outro o exercício da autoridade policial²¹⁹ ao classificar o ato como uma infração e o agente como infrator. Há uma imputação (“se se entende por imputação toda a ligação de uma conduta humana com o pressuposto sob o qual ela é prescrita ou proibida numa norma”²²⁰), ainda em fase preliminar, com demonstrável repercussão na esfera do indivíduo.

A imputação em análise se dá exclusivamente durante a fase preliminar da *persecutio*, na maioria das vezes durante o trâmite do inquérito policial, sendo, inclusive, extemporânea a requisição de indiciamento pelo Ministério Público, encerradas as investigações, ou, pelo Judiciário, já na fase processual.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do *Habeas Corpus* n. 84.142 - SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, com o entendimento de que, “com o recebimento da denúncia, encontra-se encerrada a fase investigatória e o indiciamento dos réus, neste momento, configura coação desnecessária e ilegal”²²¹.

No atual modelo, a imputação feita pela autoridade policial, na maioria das vezes, é a primeira imputação da *persecutio*, havendo várias exceções.

Cite-se a possibilidade da acusação sem instrução preliminar, quando a imputação em sentido restrito será a primeira imputação da persecução.

Citem-se, ainda, atos do Ministério Público, no âmbito de instruções preliminares a cargo da polícia judiciária, que denotem a imputação, ainda que não formalizada em indiciamento²²², como é exemplo a requisição de medidas constritivas.

²¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 87-91.

²¹⁹ Em regra. Vide item 3.2.2.

²²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 103.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 84.142 - SP*. Julgado em 28 abr. 2008. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

²²² O STF já se pronunciou quanto à impropriedade do indiciamento pelo Ministério Público, evitando a confusão dos espaços e a imposição de opiniões: “Processual penal. Inquérito policial. Indiciamento, a requisição do Ministério Público. Conquanto haja impropriedade no requerer o Ministério Público o indiciamento de alguém, por assim impor determinada opinião a autoridade policial processante, e haja até contradição nessa providência, quando pedida ao mesmo tempo em que se requerem provas periciais complementares, cujo resultado assim se supõe antecipadamente reforçador da opinião de culpabilidade, o fato não autoriza *habeas corpus* preventivo. O inquérito policial, salvo os casos aberrantes, em que à primeira vista se possa identificar abuso intolerável, é procedimento investigatório legítimo, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados pelo *habeas corpus*, para que não se incorra no risco de coarctar as atividades próprias da polícia judiciária e do ministério público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 58.143 - SP*. Segunda Turma. Julgado em 24 out. 1980. Relator: Ministro Décio Miranda).

Cite-se, por fim, a imputação a ser realizada por outras autoridades expressamente autorizadas a presidirem investigações, como se vê com as Comissões Parlamentares de Inquérito ou nos procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público.

As exceções à inicial imputação por parte da autoridade policial, aliadas à percepção de que a imputação estudada se restringe à instrução preliminar, forçam a adoção razoável da abrangente, porém, adequada, nomenclatura “imputação preliminar”.

3.2.1 Das repercussões da imputação preliminar

A conclusão a que chegam os investigadores, a partir do exame da afluência de indícios, dentro da instrução preliminar criminal, não é inócua e traz uma série de consequências para o indivíduo e para a sorte da investigação. Assim, porque “nem todas as providências que devem ou podem ser formadas com relação ao indiciado seriam cabíveis em se tratando do mero suspeito”²²³.

Como diz Scarance, “em certo momento, convergem indícios em direção a determinada pessoa e esta passa a ser tratada pela autoridade da persecução como a provável autora do crime”²²⁴.

Neste palco, há pouco espaço para a apresentação de teses conflitantes, ressaltando a tímida permissão do art. 14 do CPP, onde, a juízo da autoridade, há a previsão de requerimento de diligências pelo indiciado.

Nucci define o indiciado como “a pessoa eleita pelo Estado-investigação, dentro da sua convicção, como autora da infração penal”²²⁵.

Sérgio Pitombo explica que “a pessoa suspeita da prática de infração penal passa a figurar como indiciada a contar do instante em que, no inquérito policial instaurado, se lhe verificou a probabilidade de ser o agente”²²⁶.

Esclareça-se que, indiciado, pela atual sistemática, é o suspeito que, através do formal indiciamento (ou de outro ato que demonstre o juízo de atribuição de autoria delitiva), teve externada sua condição preliminar de imputado²²⁷.

²²³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315.

²²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

²²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

²²⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 314-315.

²²⁷ Vide item 3.2.5.

Referido dispositivo (art. 14 do CPP), de um Código caduco, mas persistente, fora outrora elogiado por José Frederico Marques, justamente por limitar a participação do investigado, uma vez que “a investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado”²²⁸.

Com a evolução da percepção da essencialidade do direito de defesa e sua aplicabilidade na instrução preliminar, Scarance, em seus estudos, revisitou a estrutura do Código, concluindo que “durante o inquérito, pode haver atuação defensiva, mas não estão as normas do Código em consonância com a garantia da ampla defesa da Constituição”²²⁹.

Em princípio, é de se notar que, identificado o provável autor do crime, a rota da investigação é alterada, normalmente com a condução de diligências que confirmem ou aprofundem a convicção sobre as evidências angariadas²³⁰. Ainda segundo Scarance, “a partir da imputação, as diligências têm finalidade determinada: coleta de elementos a respeito de eventual prática delituosa pelo indiciado”²³¹.

Deveras, a legislação autoriza, diante de fundados indícios e ordem judicial (sendo que, em alguns casos, tal ordem é despicienda), uma série de atos invasivos que fragilizam a esfera de proteção do indiciado²³², sujeitando-o a medidas restritivas excepcionais ao seu patrimônio, domicílio, privacidade e liberdade (art. 125, art. 136 do CPP – sequestro, arresto hipoteca legal; art. 240 e seguintes do CPP – busca e apreensão; Lei n. 9.296/1996, Lei n. 12.683/2012 e Lei n. 12.965/2014 – quebra do sigilo de dados cadastrais, registros de conexão, acesso e conteúdo de comunicações privadas e sigilo das comunicações telefônicas; art. 317 e 319 do CPP e Lei n. 7.960/1989 – restrições à liberdade, dentre outras). Sobre estas medidas cautelares, Geraldo Prado constata que “muitas vezes causam mais sofrimento e são mais duradouras em seu viés de estigma que as sanções penais”²³³.

²²⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 191.

²²⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

²³⁰ Bem porque “todo investigador parte de uma premissa, que aceita como verdadeira, a ela se vinculando psicologicamente” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 214-215).

²³¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

²³² Aury Lopes Júnior diz que “a principal carga que assume o indiciado é a de encontrar-se em uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação que integram o inquérito policial” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 299).

²³³ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 66.

Igualmente, há de ser registrado que, não obstante haja normas buscando a proteção do investigado à exposição pública e consequente estigmatização²³⁴ (*exempli gratia*, art. 20, parágrafo único, do CPP, art. 8º da Lei n. 9.296/1996, art. 4º, art. 5º-A, § 2º, e art. 6º da Lei n. 12.037/2009), a realidade é que a nova conformação da sociedade e de sua “autoestrada da informação”²³⁵ potencializa sobremaneira a divulgação e compartilhamento de registros policiais, onde a formal imputação é registrada, como decorrência e complemento do ato de indiciamento. Afinal, “com o indiciamento, inclui-se o nome da pessoa nos registros policiais”²³⁶.

Evidencia-se que a notícia da imputação preliminar tem espaço garantido nas páginas dos jornais e é propagada com velocidade e expansão incontrolláveis.

A sociedade contemporânea, que já se alimentava do espetáculo e da história muitas vezes usurpada pela mídia²³⁷, agora, vê, com a *internet*, ampliada a margem para exploração e uso indevido da imagem dos selecionados pelo sistema penal²³⁸.

Neste ambiente, a sumariedade e presteza da investigação cooptada pela mídia são comparadas, num sofisma, com a percepção morosa que ordinariamente se tem do Processo Penal²³⁹. Por isto, não é de causar espanto que a prematura e preliminar imputação da persecução penal seja compartilhada à exaustão pela mesma *mass media*, inclusive com intervenções significativas e repercutíveis na sua narrativa.

Veja-se que a divulgação da existência de uma investigação que recaia sobre si, efetivamente, estigmatiza o sujeito, trazendo danos proporcionais à difusão da informação.

²³⁴ “O indiciamento tem sido usado como instrumento de estigmatização social” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 298).

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 116.

²³⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

²³⁷ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 178-179.

²³⁸ Zaffaroni, numa lição que exige ser replicada, ensina que “o poder punitivo, conforme a primeira expressão inquisitorial, foi exercido para garantir a debilitada centralidade da autoridade papal e, por isso, no começo, recaiu, de forma genocida, sobre seitas ou dissidentes. Posteriormente, com a quase completa extinção dos dissidentes, passou a ser exercido sobre as mulheres e o procedimento foi rapidamente imitado pelos tribunais laicos. Com a Contrarreforma, a Inquisição se reorganizou e passou a se ocupar dos hereges luteranos. Tal como foi exercido durante toda a pré-modernidade, tratava-se de um poder punitivo extremamente seletivo. A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito significativo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. [...] A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua consequente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, com relação a certos delitos” (ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 87-88).

²³⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 181.

Afinal, “se há algo de desacreditável sobre o passado de um indivíduo, ou sobre o seu presente, a precariedade de sua posição parece variar diretamente em função do número de pessoas que sabem do segredo [...]”²⁴⁰.

São tantas as ameaças e angústias vividas pelo imputado, ainda que sob a guarda do princípio (não efetivo) da presunção de inocência, que é possível afirmar que “o único verdadeiro inocente não é quem acaba sendo absolvido, e sim quem passa pela vida sem julgamento”²⁴¹ ou investigação.

Ora, a maior propensão à limitação excepcional dos espaços de liberdades e o potencial dano à imagem do indivíduo são suficientes para afirmar que, com a imputação preliminar, há uma efetiva mudança na condição jurídica²⁴² do investigado.

3.2.2 Imputação preliminar entregue aos órgãos de polícia. Regra

Em regra, foi confiada à polícia judiciária a atribuição de conduzir a instrução preliminar criminal e, o poder-dever²⁴³, se não expresso, sistêmico, de realizar autonomamente a imputação preliminar da persecução penal.

Esta prioritária delegação de poder, inclusive legitimante do formal indiciamento²⁴⁴, com importante implicação na esfera do indivíduo, obriga a uma incursão, ainda que resumida, na história da polícia brasileira, a fim de traçar, minimamente, sua estrutura e valores institucionais.

A visualização do perfil da polícia permite conhecer a quem é entregue relevante função e se a tarefa delegada, que deve buscar fundamento no modelo garantista²⁴⁵ de Processo Penal, possui campo para se realizar a contento ou, por outro lado, tende a alcançar

²⁴⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 88.

²⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 29.

²⁴² A expressão “condição jurídica” é trazida pelo Projeto do Novo Código de Processo Penal, no art. 30, que traz delineamentos para o indiciamento, confirmando a alteração de *status* jurídico do indivíduo (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. 133p.).

²⁴³ Ressalte-se que “o poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 90).

²⁴⁴ “O indiciamento, como instituto jurídico, deverá emergir configurado em ato formal de polícia judiciária” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315).

²⁴⁵ O garantismo tem como principal virtude a reivindicação de “uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder e criar condições para que este mesmo poder possa integrar as pessoas, eliminando dentro do possível todas as formas de discriminação” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. xxii).

objetivos não legitimados pela ordem constitucional, “na medida em que tal atividade representa, por si só, uma espécie de poder capaz de afetar gravemente o patrimônio de direitos da pessoa investigada”²⁴⁶.

David Bayley observa a necessidade de atenção que se deve ter no trato estrutural das polícias, uma vez que:

As atividades policiais também determinam os limites da liberdade numa sociedade organizada, algo essencial para se determinar a reputação de um governo. Embora governos imponham restrições de outras maneiras, a maneira pela qual eles mantêm a ordem certamente afeta de modo direto a liberdade real [...]²⁴⁷.

Isto se dá porque a atividade policial engloba um conjunto de medidas de defesa e controle social distintas da pena, mas também restritivas da liberdade individual e dos direitos fundamentais²⁴⁸.

No Brasil, há a clássica distinção entre a polícia judiciária e a polícia ostensiva (ou de manutenção da ordem pública)²⁴⁹. Ambos os segmentos policiais são atividades administrativas. Porém, a chamada polícia judiciária tem fundamentalmente a função investigatória, colhendo os elementos informativos da persecução penal e impedindo que os vestígios do crime desapareçam.

A terminologia “polícia judiciária” parece ter origem no Direito Penal francês, uma vez que a distinção foi utilizada especificamente nos artigos 18 (“*Elle se divise en police administrative et en police judiciaire*”²⁵⁰), 19 e 20 do *Code des Délits et des Peines du 3 brumaire an IV*²⁵¹.

À polícia judiciária brasileira está afeta, também, a função de contenção à violação da ordem jurídica (em atividade de prevenção e repressão), trazida pelo crime, cabendo-lhe, para tanto, a possibilidade de representações junto ao poder judiciário de medidas restritivas de direitos do investigado (prisões, inclusive), bem como o dever de atendimento das requisições judiciais e do Ministério Público.

²⁴⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 153.

²⁴⁷ BAYLEY, David H. *Padrões de Policiamento. Uma Análise Internacional Comparativa*. Tradução de René Alexandre Belmonte. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 17.

²⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 769.

²⁴⁹ Esta distinção é apresentada por Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 115).

²⁵⁰ FRANCE. *Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire, an 4. 25 octobre 1795. Contenant les lois relatives à l'instruction des affaires criminelles*.

²⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 186-188.

É de se notar que, em casos excepcionais, mesmo sem ordem judicial, é cabível às polícias a restrição a direitos (casos de apreensões e prisões em flagrante, por exemplo), quando o crivo do judiciário vem a *posteriori*, ainda que em curto espaço de tempo.

A polícia ostensiva, por sua vez, descrita assim pela CF (art. 144, § 5º) e de atribuição das polícias militares dos Estados, tem a função expressa de “preservação da ordem pública”²⁵².

Ressalte-se a terminologia empregada e a conseqüente incoerência entre o Estado Democrático de Direito e um corpo institucional militarizado destinado enfaticamente à manutenção da ordem pública. Veja-se que, em visita ao *Code des Délits et des Peines du 3 brumaire an IV*, de 1795, a manutenção da ordem é citada como função da polícia, porém, aliada à manutenção da liberdade, da propriedade e da segurança individual: “*Article 16 - La police est instituée pour maintenir l’ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle*”²⁵³.

No Brasil, a polícia judiciária, embora se diferencie em alguns aspectos da polícia ostensiva (ou de manutenção da ordem pública), divide com esta a mesma gênese.

A especialização de cada segmento policial parece ter, ao longo dos anos, seguido a tendência (necessidade) de divisão e administração científica do trabalho²⁵⁴, mas sem desfigurar a finalidade substancial das instituições pátrias de segurança pública. Esta finalidade, cunhada no despertar do aparato administrativo do Brasil Colônia, no início do século XVIII, ainda nas minas do ouro e dos diamantes, é, precisamente, a manutenção da ordem²⁵⁵.

Importa saber que, no Brasil, a polícia surgiu para atender a necessidade de domínio e exploração por parte da Coroa Portuguesa e de submissão ao sistema escravocrata, deturpando seu desígnio, desde o início.

A opção pela manutenção da ordem e controle, com mecanismos repressivos e coisificantes²⁵⁶, impediu “o desenvolvimento de instituições responsáveis pela polícia enquanto guardião dos direitos do homem e do cidadão”²⁵⁷, sobretudo da liberdade.

²⁵² BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

²⁵³ FRANCE. *Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire, an 4. 25 octobre 1795. Contenant les lois relatives à l’instruction des affaires criminelles.*

²⁵⁴ O fordismo e taylorismo saíram dos muros das empresas para influenciar o desenvolvimento das instituições do Estado e da sociedade (KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo.* Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 30 e 45).

²⁵⁵ COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro.* Belo Horizonte: Crisálida, 2012, p. 27-28.

²⁵⁶ Zaffaroni denuncia o fenômeno de coisificação de seres humanos pelo sistema penal, tido por perigosos e, por isto, excluídos, neutralizados (ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 162). Depreende-se que as polícias têm papel chave neste processo seletivo.

²⁵⁷ COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro.* Belo Horizonte: Crisálida, 2012, p. 70- 71.

Francis Albert Cotta fala sobre esta deformação de nascença:

A realidade escravista maculou as instituições brasileiras. Entre elas estava a polícia, seja ela de matriz civil ou militar [...]. A ideia de ser a força pública a grande defensora dos direitos do homem, aquela que protegeria os cidadãos dos interesses particulares daqueles que estavam a exercer o poder, como anunciava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não foi uma prática na América Portuguesa, tampouco no Brasil Imperial; sequer após a Proclamação da República ela atingiu esses parâmetros de atuação²⁵⁸.

A destinação primitiva de preservação da ordem estabelecida, outrora uma ordem escravista e exploratória, parece não ter se alterado. Se a concepção de ordem sofreu, ao longo dos anos e com a mudança nas posições de poder, substituição em seu núcleo, o arcabouço persiste como eficaz instrumento de modelação, em contradição com os ideais liberais.

Veja-se que a utopia de uma polícia “resultante dos esforços de construção de uma concepção de Estado orientada pela ambição iluminista de produzir e sustentar a paz por meios pacíficos e civilizados”²⁵⁹ parece distante.

A polícia, por natureza, “*atraviesa las bien acrisoladas y sofisticadas formas constitucionales de estado de derecho [...] y no se adapta a las doctrinas liberal-democráticas de los fundamentos políticos del estado moderno [...]*”²⁶⁰.

Cabe a advertência feita por Eugenio Raúl Zaffaroni de que há uma contínua dialética entre o Estado de direito e o Estado de polícia. “O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca”²⁶¹.

Deve-se tomar o cuidado de não restringir a tendência repressiva ao corpo militar e ostensivo das polícias, ou a épocas mais longínquas, uma vez que, períodos autoritários de nossa história (alguns recentes), conviveram e usufruíram de uma polícia civil vocacionada à mesma abusiva repressão. Foi assim no Estado Novo varguista²⁶², onde o poder repressivo se concentrou nas mãos da polícia civil²⁶³. Cite o exemplo da criação da Comissão Nacional de

²⁵⁸ COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012, p. 32-33.

²⁵⁹ COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012, p. 45.

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 768.

²⁶¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

²⁶² Em suas memórias, Graciliano Ramos, perseguido e preso pela polícia do Estado Novo (nos idos de 1936), percebia, na opressão da polícia de ordem política e social, a revelação de um “pequenino fascismo tupinambá” (RAMOS, Graciliano. *Memórias do Cárcere*. 44. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 12).

²⁶³ ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988*. In: *O que resta da ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). São Paulo: Boitempo, 2010, p. 57.

Repressão ao Comunismo, “encarregada de investigar a participação de funcionários públicos e outras pessoas em atos ou crimes contra as instituições políticas e sociais”²⁶⁴.

O resgate do modelo de segurança do Estado Novo é essencial ao entendimento da índole da polícia civil brasileira, pois, além de datar deste período o atual Código de Processo Penal, com desenho pormenorizado da sistemática das investigações, parece estar ali a raiz da atual formação das polícias civis, marcadamente ligadas a uma cultura autoritária e de controle, “modernizadas”, mas nunca desvinculadas da congênita e preponderante finalidade de manutenção da ordem.

Evidencia-se que “*la policía es, al mismo tiempo, una institución moderna y un residuo del ancien régime*”²⁶⁵.

Nilson Carvalho Crusoé Júnior, em estudo histórico sobre a polícia política do Estado Novo, fala sobre a transformação das polícias, havida neste período, com a manutenção do viés autoritário:

É durante a vigência desse Estado moderno centralista que as práticas policiaescas ligadas à cultura político-social autoritária se socializam, através de uma mudança substancial no nível do discurso, e, portanto, se revestem de “ares de modernidade”, escondendo sua face mais repressiva e cruel sob o manto da linguagem dos códigos e legislações. Desta maneira, ao tratamento disciplinador, principalmente no mundo do trabalho, foi dispensado um novo conceito, dito técnico-racional, fazendo com que tal modernização se desse mais acentuadamente no nível da construção do discurso legalista e, nem de longe, visou abrandar tais práticas policiaescas²⁶⁶.

Hoje, os dados estatísticos demonstram a permanência de um modelo ostensivo retrógrado, de uma polícia que mata²⁶⁷.

Por sua vez, a análise da atuação das polícias civis evidencia outro *upgrade*, que, além de não corrigir as características negativas apresentadas, avulta o poder de controle, com a espetacularização de operações policiais, travestida de um eficientismo²⁶⁸ penal, mais propriamente afeta à dramaturgia²⁶⁹.

²⁶⁴ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo, EDUSP, 1999, p. 362.

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 766.

²⁶⁶ CRUSOÉ JÚNIOR, Nilson Carvalho. *Estado e polícia política: vigilância e criminalização no Brasil (1933-1944)*. 2014. 290 f. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal da Bahia. Faculdade de História, Salvador/BA, p. 63-64.

²⁶⁷ Vide relatório da ONU sobre violência policial no Brasil (*United Nations. Human Rights Council. Fourteenth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. May 28, 2010*). ALSTON, Philip).

²⁶⁸ Ferrajoli explica que “*las prácticas, judiciales y sobre todo policiales, están siempre un escalón por debajo de las leyes, aunque sólo sea porque éstas reflejan modelos de ‘deber ser’ mientras aquéllas están sujetas*

Fauzi Hassan Choukr confirma o divórcio entre as contemporâneas polícias brasileiras e o objetivo democrático:

Atuando da forma como se encontram, as instituições policiais em larga medida constituem-se como fonte de desrespeito ao Estado de Direito, comprovando-se tal assertiva pelas largas violências e corrupção noticiadas (e reconhecidas pelo próprio Estado). [...] Pode-se concluir que, na situação em que se encontram, em não poucas ocasiões, os aparatos policiais servem à deslegitimação da democracia ao invés de consolidá-la [...] ²⁷⁰.

Não é sem razão a assertiva que aponta a polícia como uma instituição de “*latente ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho*” ²⁷¹.

Além da mesma origem deturpada de manutenção da ordem, as diversas estruturas policiais brasileiras trazem o vício histórico de “atrelamento ao Poder Executivo” ²⁷², compartilhado com as polícias ao redor do mundo.

Ferrajoli testemunha que “*la policía es, efecto, una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del poder ejecutivo*” ²⁷³.

Zaffaroni também aponta o problema da dependência das polícias ao Poder Executivo e a conseqüente deterioração institucional daí advinda ²⁷⁴.

Fauzi Hassan Choukr extrai como característica das polícias nacionais, em regimes autoritários, “a vinculação funcional dos aparatos policiais ao Poder Executivo e a instrumentalização, por parte deste Poder, daquelas forças” ²⁷⁵. Cita o exemplo, durante o regime militar inaugurado em 1964, quando, através do Serviço Nacional de Informação -

además a imperativos de eficiencia contingentes que inevitablemente chocan con los primeros, percibidos a menudo como embarazosos obstáculos antifuncionales” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 26).

²⁶⁹ Vide o caráter publicitário das operações policiais da última década e o alcance na formação da opinião pública e conseqüente estigmatização dos selecionados pelo sistema penal.

²⁷⁰ CHOUKR, Fauzi; BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Estado de Direito na América Latina: Relatório Brasileiro*. In AMBOS, K; COLOMER, J.L.G; VOGLER, Richard (org.). *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*. Bogotá: Gustavo Ibáñez / Instituto Max-Planck, 2003, p. 132-133.

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 766.

²⁷² CHOUKR, Fauzi; BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Estado de Direito na América Latina: Relatório Brasileiro*. In AMBOS, K; COLOMER, J.L.G; VOGLER, Richard (org.). *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*. Bogotá: Gustavo Ibáñez / Instituto Max-Planck, 2003, p. 120.

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 766.

²⁷⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

²⁷⁵ CHOUKR, Fauzi; BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Estado de Direito na América Latina: Relatório Brasileiro*. In AMBOS, K.; COLOMER, J.L.G; VOGLER, Richard (org.). *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*. Bogotá: Gustavo Ibáñez / Instituto Max-Planck, 2003, p. 116.

SNI, havia o monitoramento do fluxo de informações interessantes ao poder dominante e controle direto das forças policiais, no âmbito federal e estadual.

Lembre-se que, apesar dos instrumentos de controle de legalidade e de mérito dos atos da Administração Pública, o Poder Executivo, historicamente, tem extrapolado os limites da discricionariedade, subvertendo a oportunidade e conveniência dos atos administrativos em proveito do fisiologismo político e de outros interesses menores.

É certo que a maior liberdade ordinariamente conferida ao Poder Executivo amplia a margem para sua degeneração, convertendo discricionariedade em arbitrariedade²⁷⁶. No campo específico aqui tratado, este perigo se revela quando se constata que é a cúpula do Poder Executivo que escolhe livremente os chefes dos órgãos de polícia e instrumentaliza (inclusive com normativos regulamentares) as instituições de segurança pública, com inequívoca influência sobre os rumos de suas ações.

É notório que os “comandantes e chefes de polícia podem, e frequentemente o fazem, priorizar determinados objetivos em detrimento de outros. Não raro, privilegiam o atendimento a um tipo de problema ou a uma comunidade específica [...]”²⁷⁷, condicionados por aspectos políticos/eleitoreiros dissociados de finalidade pública.

Acrescente-se o risco desta estrutura com o atual abandono dos atores responsáveis pela discussão e elaboração de um conceito de segurança pública, a deixar “o modelo repressivo quase que exclusivamente como pauta da agenda policial”, limitando-se o sistema a consumir o sistema construído²⁷⁸.

Fica demonstrado que a ligação direta, tradicional e dependente da força policial aos governos lança desconfiança suficiente sobre o manejo imparcial dos órgãos policiais e, conseqüentemente, sobre a legitimidade de imputação autônoma por parte destes.

Pelos motivos expostos, a delegação prioritária da imputação preliminar aos órgãos de polícia e, inclusive, a recente condensação normativa a solidificar tal *status* e expandir as repercussões do indiciamento²⁷⁹, parece conter pulsante incompatibilidade democrática, um caso de distorção no desenvolvimento do Processo Penal brasileiro.

²⁷⁶ A maior liberdade conferida, por vezes, ao poder executivo funda-se no fato de que “só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse público” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 104).

²⁷⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; COSTA, Arthur Trindade; RATTON, José Luiz; VARGAS, Joana Domingues; MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010, p. 196.

²⁷⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128.

²⁷⁹ Vide item 3.2.5.

A partir do instante em que o Processo Penal Constitucional e o Estado Democrático de Direito alicerçam-se como paradigmas (lembrando-se que, sem compromisso com um paradigma, não pode haver ciência²⁸⁰), uma leitura científica da matéria não permite a convivência com tal entrave.

A onda de proeminência das instituições de polícia na persecução penal, com diversos projetos normativos a potencializar sua atuação (em áreas teoricamente imunizadas pela ciência do direito), parece se dever basicamente ao descrédito do Devido Processo Penal²⁸¹ como fornecedor dos produtos de urgência clamados pela *mass media* e pela opinião pública, em franca oposição aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A ingênua certeza de insubsistência de tais práticas, frente a uma leitura constitucional, deve ser vista com cautela, pois não é de se subestimar o potencial de poder a ser criado à revelia do “interesse nacional e do bem-estar do povo”²⁸².

Lembre-se que “os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto”²⁸³.

Nesta busca pela crítica à densificação dos poderes da polícia, encerra Luigi Ferrajoli:

*El derecho de policía, justamente por ser un derecho inferior o incluso un no-derecho, representa, en efecto, el sector quizá más olvidado por los estudios académicos. Aparece por doquier en esta materia una especie de esquizofrenia de la ciencia jurídica, [...] desatenta e irresponsable frente al enorme universo de las medidas policiales y administrativas restrictivas de la libertad personal*²⁸⁴.

Bem por isto, a resistência ao crescente poder das polícias é imperativo democrático.

²⁸⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 135.

²⁸¹ O Devido Processo Penal engloba necessariamente as “garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e h) da legalidade da execução penal” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207-208).

²⁸² ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 469.

²⁸³ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 169.

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 767.

3.2.2.1 A entrega da imputação preliminar ao Ministério Público. Mudança de rota

A imputação preliminar, que, na maioria das vezes, inaugura a assimilação pelo processo penal do ato criminoso e de seu autor, teria melhor tratamento se, ao molde do processo penal italiano (a ser tratado em capítulo específico deste estudo²⁸⁵), se aproximasse efetivamente do Ministério Público, legítimo titular do convencimento acerca dos fatos investigados (*opinio delicti*)²⁸⁶, a quem foi atribuída constitucionalmente “a última palavra acerca da existência de um fato criminoso”²⁸⁷.

Somente ao Ministério Público deveria pertencer a incumbência da imputação preliminar e sua conseqüente (e necessária) formalização.

Laçam-se os argumentos da realidade da existência de corpos policiais “na maior parte do nosso *hinterland*”²⁸⁸ e da desarticulação existente entre os trabalhos realizados pela polícia judiciária e o Ministério Público²⁸⁹ a demonstrar a dificuldade na mudança de rumo. Contudo, tais características não passam de desafios a serem superados numa nova ordem.

Veja-se que, no ordenamento pátrio, o Ministério Público (este, sim) é dotado de autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º, da CF), característica que, por si só, indica a inexistência (ou minimização) da dependência da estrutura (inclusive orçamentária) e de seus membros aos mandos e desmandos dos governos da moda.

Endosse-se esta afirmação com a recente decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 388 - DF, em que é enfatizada a indeclinável independência do Ministério Público:

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passaria a atuar como subordinado ao chefe da Administração. Isso fragilizaria a instituição Ministério Público, que poderia ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. Por outro lado, a independência em relação aos demais ramos da Administração Pública seria uma garantia dos membros do Ministério Público, que poderiam exercer suas funções de fiscalização do exercício do Poder Público sem receio de reveses²⁹⁰.

²⁸⁵ Vide item 4.

²⁸⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 453.

²⁸⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

²⁸⁸ Expressão utilizada por Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de 1941 quando da explicação da manutenção do inquérito policial como instrução preliminar criminal (BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941*. Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941).

²⁸⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; COSTA, Arthur Trindade; RATTON, José Luiz; VARGAS, Joana Domingues; MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010, p. 173-174.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 388 – DF*. Entrada no STF em 03 mar. 2016. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

É também forçoso considerar a expressa vocação institucional do Ministério Público para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, *caput*, da CF), além de ser organismo construído sob os princípios institucionais “da independência funcional, da unidade e da indivisibilidade, reservando aos seus membros, para o adequado desenvolvimento de suas tarefas, importantes prerrogativas [...]”²⁹¹.

Cite-se, ainda, a previsão constante no art. 258 do CPP, a ditar situações, idênticas às aplicáveis aos juízes, em que, afetada a imparcialidade do órgão ministerial²⁹², poderá ele ser afastado da persecução, em favor de uma atuação isenta²⁹³.

Se não bastasse, a existência do Conselho Nacional do Ministério Público (com formação heterogênea) contempla a instituição com uma via de controle da atuação e deveres funcionais de seus membros (art. 130-A da CF).

E não há dúvidas de que a criação do CNMP, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, arejou a instituição e potencializou seu engajamento democrático²⁹⁴, corroborando a máxima de que “o controle social não é propriamente externo a nenhum órgão administrativo, mas inerente à sua configuração constitucional”²⁹⁵. Isto porque, em que pese a busca pela democratização das instituições, estas sempre serão gerenciadas por seres humanos (falíveis e corruptíveis), tendencialmente apegados ao poder. Diante dessa limitação, eleva a importância de mecanismos que permitam vivo controle, amenizando abusos e a tensão autoritária²⁹⁶.

Ao contrário, as polícias no Brasil, ativas às funções violentas²⁹⁷, carecem das melhorias acima apontadas.

Nem se diga que a autonomia das polícias seria uma possibilidade²⁹⁸ ou uma solução. Este inédito caminho nas democracias ocidentais, com tentativa de canalização pelo Projeto

²⁹¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 452.

²⁹² De outro lado, em virtude do caráter “estritamente administrativo que o inquérito possui, não se poderá opor suspeição às autoridades policiais [...]” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 191).

²⁹³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 454.

²⁹⁴ “Não há poder jurídico legítimo em uma democracia que se exerça sem a possibilidade real de controle” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 263).

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 429.

²⁹⁶ Pode-se dizer, neste sentido, que a democratização das instituições obedece a um imperativo ético, na perspectiva foucaultiana, consistente numa crítica permanente em busca do exercício contínuo da liberdade (FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273).

²⁹⁷ Andityas Soares de Moura Costa Matos, no prefácio à obra de Francis Albert Cotta, anseia por “uma polícia que vem, desativada de suas funções violentas – quais sejam, pôr e manter o direito – e entregue ao uso comum e não sacrificial”, reconfigurada como corpo comum servidor da causa da cidadania que vem (COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012, p. 19).

de Emenda Constitucional n. 412/2009, configura-se como um perigoso desvio, apenas compatível com a esdrúxula e paradoxal ideia de uma “justiça policial” (*sic*)²⁹⁹.

Entre os defensores de tal ideia, parece haver uma confusão entre a necessária isenção das polícias³⁰⁰ (e a proibição do desvio de finalidade³⁰¹) na condução das políticas de segurança pública e sua impensável autonomia.

Segundo Ferrajoli, nenhuma atividade policial deve comportar “*el ejercicio de poderes autónomos sobre las libertades civiles o sobre los demás derechos fundamentales*”³⁰².

Conclui-se que, às polícias, não cabem nem autonomia institucional tampouco autonomia para a imputação preliminar.

A autonomia institucional, almejada sob o argumento de diminuir indevidas influências políticas sobre as investigações, deixaria a instituição policial à margem dos mecanismos regulares e constitucionais de controle e, inevitavelmente, sob a influência de outras forças políticas (classistas, sobretudo), carentes de legitimação democrática.

Por outro lado, o atual regramento, com a autonomia da imputação na instrução preliminar por parte da autoridade policial traz a incômoda possibilidade de, em tese, sempre em prejuízo do indivíduo investigado, haver divergência entre o juízo de inculpação da autoridade policial e a do Ministério Público. Cria-se “uma cisão de entendimento quanto à autoria do fato criminoso que se apura. Uma, partida dos meios policiais e outra de iniciativa do titular da ação penal”³⁰³.

Tal impropriedade leva o sistema a conviver com aberrações jurídicas.

²⁹⁸ Mauro Fonseca Andrade intitula de “sofistas do Direito” os autores que criam teses “cuja base de sustentação está em franca oposição à realidade histórica de cada sistema invocado” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39).

²⁹⁹ BRANCO, Rilke Rithcliff Pierre. *Justiça policial. A constitucionalização do indiciamento ante os direitos fundamentais e o processo administrativo policial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

³⁰⁰ Em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 13).

³⁰¹ O desvio de finalidade se revela quando o administrador se afasta do interesse público, que deve nortear seu comportamento (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15). A escolha dos chefes de polícia, sem o devido merecimento, para atendimento de projetos pessoais ou de grupos políticos específicos, parece ter aguçado o debate sobre a autonomia das polícias, que também conta com boa dose de interesses corporativos. Embora seja possível defender a mudança de rota no Processo Penal brasileiro, com entrega da imputação preliminar ao Ministério Público, bem como a orientação das investigações, a simples aplicação de princípios administrativos, *per si*, já minimizaria a indevida interferência dos chefes do Poder Executivo, ainda que persistente o *status quo* e o vínculo orgânico/estrutural das polícias.

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 768.

³⁰³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 150.

Imagine-se a concessão de medida cautelar, requerida pela polícia, deferida pelo juízo, a *contrario sensu* do membro do Ministério Público (o art. 2º, §1º, da Lei n. 7.960/1989 determina a ciência do MP, e não a concordância³⁰⁴) ou sem sua ciência (o art. 311 e seguintes, ao regularem a prisão preventiva, não preveem nem mesmo a obrigatoriedade de ciência do MP), que, ao fim e ao cabo, será o responsável pela acusação ou pedido de arquivamento.

Eugênio Pacelli apresenta uma solução paliativa, mas não definitiva, para a possibilidade de desencontro de juízos entre a representação da autoridade policial e a opinião do MP, se limitando a dizer que o Ministério Público, cientificado das providências representadas pela autoridade policial, poderá, sendo o caso, pedir o arquivamento da investigação, antecipando-se à apreciação judicial sobre as cautelares³⁰⁵. Contudo, há casos em que o arquivamento é prematuro, muito embora a imputação preliminar realizada pela polícia esteja em desencontro com o entendimento do Ministério Público e haja o risco da concessão de medida cautelar, apesar da opinião contrária do MP.

No mesmo sentido, é comum a dissociação entre a imputação preliminar feita (em regra) pela autoridade policial e a imputação em sentido restrito (acusação), como reconhece o STF:

De outro lado, é de observar-se que, assim como a ausência de indiciamento não impede o válido oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, também a existência desse mesmo ato de indiciamento não vincula o *parquet* quanto à formação da *opinio delicti* nem lhe impõe o dever jurídico de acusar a pessoa indiciada³⁰⁶.

Neste caso, é de se ver que, no mais das vezes, não é consequência da falta de imputação restrita a exclusão do registro de indiciamento das folhas de antecedentes. Sobre esta incongruente realidade, Guilherme de Souza Nucci aponta que “ser indiciado [...] implica em um constrangimento natural, pois a folha de antecedentes receberá a informação, tornando-se permanente, ainda que o inquérito seja, posteriormente, arquivado”³⁰⁷.

³⁰⁴ Para Nucci, o parecer do Ministério Público, “não vincula o juiz, que pode, mesmo assim, decretar a prisão” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1050).

³⁰⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

³⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

Choukr alerta para a “impossibilidade de a Polícia Judiciária assumir um papel de legitimada ativa em sede processual”³⁰⁸, com consequente e necessária subordinação desta, como direta colaboradora, em relação ao Ministério Público. Aliás, há inclusive considerável corrente a defender a incapacidade de representação de medidas cautelares, junto ao juiz, pela autoridade policial. Argumenta-se que apenas a parte legitimada ao processo, Ministério Público, portanto, teria capacidade postulatória³⁰⁹.

Eugênio Pacelli, embora “do ponto de vista teórico”³¹⁰, veja justificativa no inconformismo, não enxerga na Constituição Federal “óbice à legislação que disponha sobre a capacidade de solicitação de providências judiciais na fase de investigação”³¹¹ por parte da autoridade policial.

Como salutar parâmetro, tem-se que, no sistema italiano da *indagine preliminare*³¹², de acordo com o art. 348, *comma* 3, do CPPi, a partir da intervenção do Ministério Público, é vedado à polícia judiciária realizar atos que contrariem a diretiva apontada pelo *parquet*³¹³. Sem dúvida, esta diretiva minimizaria bastante os indevidos influxos políticos que, em decorrência da vinculação com o Poder Executivo, podem recair sobre a atividade policial.

Do exposto, atesta-se que a anacrônica autonomia da imputação preliminar por parte da autoridade policial prejudica o indivíduo sob investigação, além de afetar negativamente o necessário prestígio da justiça criminal uma vez que, “se eventualmente não denunciado (mais ainda: se não processado e condenado) o indiciado, para o público observador não ficará outra impressão senão a da impunidade daquele que inicialmente foi considerado suspeito”³¹⁴.

Em outras palavras, a possibilidade de real contradição entre a imputação preliminar levada a cabo pela autoridade policial e a *opinio delicti* do Ministério Público é prejudicial ao sujeito submetido à instrução preliminar criminal, contribuindo para a percepção social de insegurança e incoerência nos rumos de condução da persecução penal.

³⁰⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

³⁰⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 495.

³¹⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

³¹¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 496.

³¹² Vide item 4.3.2.

³¹³ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 90.

³¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 150.

3.2.3 A verdade da imputação preliminar³¹⁵

3.2.3.1 Suspeita verdade

O conhecimento por parte das agências estatais da notícia de crime inaugura a busca pela reconstrução histórica do fato ocorrido, a fim de que seja possível a responsabilização (imputação) do agente porventura transgressor.

O instante inicial desta percepção por parte dos órgãos estatais é, para o Processo Penal, revestido de grande importância, por ser o momento a partir do qual se instala a evidência o dever de perscrutar sobre a natureza criminosa do ocorrido, suas circunstâncias e confirmações de autoria, mas, sobretudo, indeclinavelmente, se apresenta o necessário *start* de atendimento das garantias processuais penais do investigado.

Agem os órgãos estatais, na maioria das vezes, os órgãos policiais, sob o poder-dever³¹⁶ de delineamento dos pormenores que possam confirmar ou descartar a ocorrência de um crime, segundo o estatuto penal materialmente vigente.

A profundidade das questões trazidas para o contorno do fato pesquisado, embora deva, em tese, ser homogeneizada e seguir parâmetros democráticos de igualdade no trato dos cidadãos³¹⁷, de fato, apresenta-se com uma carga de subjetividade difícil de ser fiscalizada.

Como controlar a intensidade da sanha inquisitiva e a quem ela pode ser dirigida?

Como manusear as garantias constitucionais, sobretudo a presunção de inocência, em terreno tão movediço?

Maurício Zanoide não isenta a nascente da perseguição penal de cuidados:

O juízo de atribuição de uma infração a alguém é o primeiro passo da perseguição penal e, de ordinário, vem representado por alguma forma de investigação

³¹⁵ No curso do mestrado, foi elaborado o artigo “A Verdade da Primeira Imputação”, como requisito parcial para conclusão da disciplina Teorias da Verdade no Processo Penal, sob orientação do Prof. Dr. Felipe Martins Pinto. Tal artigo foi publicado no livro *Processo Penal Democrático* (GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. *A Verdade da Primeira Imputação*. In: *Processo Penal Democrático*. MACHADO, Francisco Nogueira; PINTO, Felipe Martins; SOUSA, Marllon (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42-51). Insere-se referido artigo nesta dissertação, com observância ao art. 65, § 4º, do Regulamento do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, que reza: “ainda que em coautoria, eventuais publicações ou divulgações parciais, feitas no curso do Mestrado ou do Doutorado, conforme o caso, não impedem o ineditismo do trabalho, desde que mencionadas expressamente no texto do trabalho final”. Para adequação com o texto completo da dissertação, bem como a fim de incorporar novas conclusões havidas com o desenvolver da pesquisa, o texto sofreu alterações, inclusive no título.

³¹⁶ Cite-se o art. 5º do Código de Processo Penal: “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941).

³¹⁷ Toda investigação deveria receber o mesmo cuidado das agências de perseguição, sem espaço para casuísmos.

preliminar (p.ex., inquérito policial e comissão parlamentar de inquérito). Nesses primeiros instantes investigativos da imputação penal, o cidadão deve ter a seu favor toda proteção constitucional a fim de se evitarem abusos e excessos estatais. Neste contexto maior de proteção constitucional ampla insere-se a presunção de inocência em todos os seus instantes³¹⁸.

Com efeito, a imputação preliminar, ordinariamente, é a primeira palavra estatal sobre a verdade de um fato criminoso e seu autor. Ainda que possa ser alterada pelo Ministério Público no oferecimento da denúncia e na construção das provas na instrução do processo judicial, aqui há de fato um primeiro passo rumo ao norte. Bem por isto, releva-se a discussão sobre suas bases, uma vez que, tais quais outros momentos de tomada de decisão, é aqui a autoridade resguardada pela presunção de legitimidade³¹⁹ de seus atos³²⁰.

Quer-se dizer que o poder, sem confrontação, dado aos órgãos de “apuração” do fato trazido como criminoso, de “como fazer”, “do que perquirir”, “do que relevar”, “de quando coletar”, “de como descrever”, pode esvaziar de confiabilidade o elemento de certeza dessa verdade.

O trato criterioso da relevante etapa inicial da persecução penal exige a ciência de que o sujeito do conhecimento não é isento. A respeito, cabe a leitura da arguta constatação de Friedrich Nietzsche:

Guardemo-nos bem contra a antiga, perigosa fábula conceitual que estabelece um ‘puro sujeito do conhecimento, isento de vontade, alheio à dor e ao tempo’, guardemo-nos dos tentáculos de conceitos contraditórios como ‘razão pura’, ‘espiritualidade absoluta’, ‘conhecimento em si’; - tudo isso pede que se imagine um olho que não pode ser absolutamente imaginado, um olho voltado para nenhuma direção, no qual as forças ativas e interpretativas, as que fazem com que ver seja ver-algo, devem estar imobilizadas, ausentes; exige-se do olho, portanto, algo absurdo e sem sentido. Existe apenas uma visão perspectiva, apenas um ‘conhecer’ perspectivo [...]³²¹

³¹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 492-493.

³¹⁹ O fundamento precípua da presunção de legitimidade “reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei” (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 101).

³²⁰ “Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12). O contrário tem sido a regra.

³²¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. Uma polêmica. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 109.

Tem-se, no instrumento de busca de investigação sobre o fato ocorrido, a margem (indevida) do poder estatal para se conduzir sem balizamento crítico contrário. No entanto, não se deve ignorar que esta parcela importante de poder-dever é entregue a agentes públicos falíveis, e “[...] até porque são seres humanos, com suas falhas e limitações, alguns jamais atingem essa consciência [...]”³²².

Nesta linha, não é sem razão a opinião dos que suspeitam da certeza e verdade trazidas como resultado de um procedimento inquisitório:

Não creio, no entanto, que o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma espécie de progresso de racionalidade. [...] Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos; se víssemos o efeito de um conhecimento, de um sujeito de conhecimento se elaborando. Nenhuma história feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento, pode dar conta da aquisição da racionalidade do inquérito³²³.

Incrível ver, a partir do manejo do inquérito policial, a pretensão de neutra certeza por parte dos que o ostentam como signo de eficiência, inclusive, com permissão, pelo sistema processual, de séria restrição de direitos fundamentais a partir das conclusões dele obtidas³²⁴, desconsiderando o exercício subjacente de poder, nele imanente.

3.2.3.2 Incerta linguagem

Não é demais realçar que, por todos os ângulos da persecução penal, estar-se-á sob o império da linguagem e suas limitações (e, paradoxalmente, infinitudes) na transmissão dos significados.

A reconstrução histórica que se quer do fato ocorrido é realizada em linguagem e, bem por isso, já carrega consigo o gene da incerteza³²⁵ e o contágio de preconceções. Nem

³²² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117.

³²³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 74-75.

³²⁴ Vide item 2.2.3.1.

³²⁵ Aury Lopes Júnior assim também entende: “é chegada (ou já passada...) a hora de compreender e assumir a incerteza característica do processo. A balança oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte. Se, retomando Einstein, até Deus joga dados com o universo, seria muita arrogância (senão alienação) pensar que no processo seria diferente... Seria como dizer: a concepção de universo, em constante mutação, incorpora como elemento fundamental o princípio da incerteza, mas isso só se aplica ao universo, não ao direito processual...” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51).

mesmo as técnicas científicas que auxiliam a investigação escapam da linguagem para se fazerem percebidas.

Gadamer trabalha bem esta (im)precisão, ao afirmar:

Assim, não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade³²⁶.

Na mesma linha de Gadamer, Felipe Martins Pinto, ao assumir a linguagem como matéria prima para construção da verdade processual, também adverte:

A mediação pela linguagem impõe, obrigatoriamente, à formação da verdade no processo, uma carga de relativismo e de incerteza e de ambiguidade, diante da elevada complexidade, variabilidade e inclinação à contradição dos temas e das premissas de decisão³²⁷.

Neste sentido, é preciso aceitar a incerteza como elemento da persecução. Além, é necessário estudar também os meandros e margens ao direcionamento subjetivo autorizado ao Estado Policial, e, por fim, quais mecanismos há para amenizar as sombras que inevitavelmente dominam esta ação de “clarividência”. É preciso minar a áurea impermeável da verdade da imputação preliminar, pernicioso, inclusive, por repercutir efeitos para além da investigação.

É interessante entender que, desde cedo, o Código de Processo Penal, em sua exposição de motivos, já circunda a função proeminente de sutura atribuída à instrução preliminar criminal e os riscos de contaminação tendenciosa na formação de suas conclusões, sem, contudo, afugentar a forja da imputação preliminar de estrutura reconhecidamente influenciável. Em outras palavras, reconhece-se a fragilidade, mas não há mecanismos para combatê-la:

Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido³²⁸.

³²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 631.

³²⁷ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 132.

³²⁸ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941*. Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941.

A Exposição de Motivos expõe a incerteza trazida pela fase preliminar, mas não municia o Código de Processo Penal de instrumentos para trabalhar, democraticamente, com esta constatação.

Não é difícil subverter a motivação da Exposição de Motivos, utilizada para a manutenção do *status quo*, com alguns questionamentos: os falsos juízos e equívocos restariam contidos no primeiro instante da instrução preliminar? Qual o rumo certo de uma investigação unidirecional? O que o Código de Processo Penal apresenta para lidar com a constatação da incerteza na persecução penal, sobretudo na fase reconhecidamente procedimental? Como extrair efeitos irreversíveis de conclusões precárias?

A dúvida é componente indissociável da persecução penal e motriz de uma atividade democratizante. Somente com a aceitação da persistência da dúvida é possível uma construção crítica para além do dogma da verdade.

Ampliar os espaços de dúvida no processo penal democrático é permitir a legitimidade do debate e dar azo a uma estrutura que respeite outra(s) versão(ões) possível(is)³²⁹.

Como demonstrado, o inquérito é uma ferramenta de saber e poder. Sua faceta de poder se eleva cada vez que a verdade da imputação preliminar é construída com a escolha direcionada do agente estatal. Afinal, ver o investigado “defender-se fazendo uso exclusivo do material probatório selecionado pelo acusador é o sonho de todo inquisidor”³³⁰.

Numa metáfora, poderíamos dizer que, como primeiro corte a ser extraído de uma barra de aço bruto, é a imputação dada pela instrução criminal preliminar, a ser posteriormente formatada em contornos finos, mas sempre vinculada às limitadas possibilidades do primeiro molde. O primeiro corte realizado no aço, em prensa que o moldará, levará à peça final produzida os destinos possíveis a partir de tal molde. Haverá sempre a vinculação aos primeiros contornos.

Esta necessária busca de entendimento e captura do fato criminoso é deixada, em regra, em primeira mão, à autoridade do agente policial que, nos termos do art. 6º e seguintes do Código de Processo Penal, dita e coordena as diligências.

³²⁹ Geraldo Prado observa que “a paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar sonegado à defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente resguardado ou até porque foi suprimido” (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57).

³³⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57.

Ora, pode-se enxergar aqui a necessidade de argumentar que a busca dos limites de tal fato, e sua conseqüente tipificação, é de interesse democrático e não autoritário. O dever de clareamento das circunstâncias e fronteiras do fato criminoso deve seguir a linha do enfrentamento crítico/racional, sem espaço para o despótico arbítrio.

Comunga-se da mesma visão de Maurício Zanoide de Moraes:

[...] a persecução não pode ter aquele matiz despótico, inquisitivo ou arbitrário. Por essa razão, nossa atual Constituição não autoriza a realização de ‘qualquer’ processo penal, mas apenas de um devido processo penal, feito em moldes a respeitar aqueles primados na busca da melhor reconstrução possível dos fatos penalmente relevantes³³¹.

Se esta é a constatação, salta aos olhos a necessidade de um espaço para que a crítica participe da construção da imputação preliminar. A busca de um desenho possível para a trama delituosa não pode ser uma busca direcionada aos interesses instrumentalizadores da estrutura de poder, senão uma busca de construção lógico/racional e, bem por isto, permeável à participação, ainda que uma participação sem a plenitude do contraditório³³².

Lembre-se que o inquérito policial, como já demonstrado, tem como função fundamental evitar acusações infundadas. Tal disposição é indissociável da permissão de participação crítica, ainda que proporcional ao grau escalonado de verdade que se pretende.

Ressalte-se a observação de Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen:

É um erro imaginar que a maior efetividade da instrução preliminar virá da não intervenção do sujeito passivo, pois, se o que se busca é a verdade, não há dúvidas de que ela brota do contraditório. Como aponta Vélez Mariconde, o sigilo interno da instrução preliminar complica e prolonga a investigação e o debate, muitas vezes inutilmente. A ausência de intervenção da defesa torna impossível o controle das discussões e possibilita os erros de interpretação ou omissões, que a presença do defensor teria evitado. Diante da incerteza que emerge da ignorância do órgão encarregado da investigação, muitas provas são produzidas inutilmente, quando poderiam ter sido evitadas ao se conhecerem determinadas testemunhas ou outros elementos de que dispõe a defesa. O sigilo interno é sempre perigoso e, por seu caráter unilateral, cria um campo fértil para fazer brotar a incerteza e a injustiça³³³.

³³¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236.

³³² Aroldo Plínio ensina que o princípio do contraditório se articula em dois tempos: *informazione* e *reazione*. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 108). A coexistência dos dois atributos, em sua plenitude, é incompatível com a natureza do procedimento do inquérito policial, reservando-se a fase judicial da persecução para sua completa aplicabilidade.

³³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 203.

Em contraponto, há Eugênio Pacelli, que não admite essa participação na construção deste primeiro projeto de imputação:

O risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas do cotidiano de nosso judiciário³³⁴.

Diga-se, em réplica, que não há como recusar a demora efetiva de maior parte das investigações em trâmite no país, muitas perdurando além do prazo razoável, sem que a participação defensiva (aqui, alijada) tenha vez ou qualquer responsabilidade no insucesso.

Geraldo Prado destaca a irremediável ausência de participação defensiva na formação dos atos da investigação:

Quando as condições de participação da defesa são canceladas, os atos eventualmente realizados podem estar entre dois extremos: são simplesmente informativos, e o juiz não poderá considera-los no processo. Quando muito os levará em conta para ajuizar a presença de justa causa para a ação penal; ou não valerão de modo algum³³⁵.

Com a vedação de participação do investigado na instrução e impossibilidade de irresignação frente à imputação preliminar, tem-se, por via oblíqua, a criação de um fato criminoso, com a indelével assinatura do agente inquisidor.

Está aí a razão para que, no ordenamento brasileiro, a coleta seletiva e unidirecional dos elementos de prova e evidências por parte do Estado seja, por si só, sem a crítica racional e democrática, imprestável para o direcionamento da condenação e, antes, para qualquer consequência negativa na esfera do indivíduo. Assim deveria ser.

Esclareça-se que a postura aqui defendida não corrobora a existência do contraditório na instrução preliminar. “Não há espaço para o princípio do contraditório na fase de investigação criminal”³³⁶. O contraditório, com seus atributos elementares de plenitude e efetividade³³⁷, não encontra terra fértil no inquérito policial³³⁸.

³³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

³³⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 143.

³³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 131.

³³⁷ A igualdade de oportunidade no processo e de oportunidade de igual tratamento compõe a essência do contraditório. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 109).

³³⁸ Choukr aponta que a tentativa de trazer o contraditório para a fase do inquérito acarretaria graves desvios, devido à sua “extrema dificuldade de inserção” nesta etapa. No entanto, isso não significa dizer “o abandono do suspeito a uma sorte arbitrária, onde venha a ser alvo constante e absoluto de injustiças e sofra investigações criminais fruto de imaginação de órgãos estatais responsáveis pela persecução, com supressão das garantias

O realce dado à ausência de crítica democrática na reconstrução dos limites do fato tido como criminoso tem a intenção de escancarar o equívoco do modelo pátrio, que melhor se endireitaria se inclinasse para as linhas do caminho italiano no alargamento da permissão da participação defensiva³³⁹, sobretudo nos atos incisivamente repercutíveis.

3.2.3.3 A Contaminação do convencimento

É equivocada a previsão do art. 12 do Código de Processo Penal³⁴⁰, que prevê que os autos do inquérito policial seguirão com a denúncia ou a queixa, compondo, portanto, a documentação processual, uma vez que “não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais”³⁴¹.

Contudo, sua alteração, com a exclusão da possibilidade de remessa das peças de informação, não seria suficiente para resolver “a contaminação consciente ou inconsciente do julgador”³⁴². Pondere-se que, ainda sem as peças, com a ausência de dialética na instrução preliminar, a denúncia, muita vez, é construída pelos caminhos traçados e direcionados pela autoridade primeiramente incumbida de nortear o olhar dos aparatos estatais.

Como ensina Bernd Schünemann, quando alerta para a manipulação do juiz no processo penal, “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público”³⁴³. Noutras palavras, o juiz, diante do conjunto investigatório que lhe é apresentado, tende a buscar a autoconfirmação das hipóteses iniciais apresentadas³⁴⁴.

Diante de tal constatação, pode ser útil destrinchar alguns atos comuns à rotina da instrução preliminar criminal, em busca de fragilidades que confirmem tal vicissitude.

mínimas da liberdade individual” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 114-117).

³³⁹ O modelo italiano prevê a possibilidade de investigação pela defesa (*investigazione difensiva*), dentre outros direitos do *indiziato*. Vide item 4.3.

³⁴⁰ Na redação do art. 12 do Código de Processo Penal: “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941).

³⁴¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 198.

³⁴² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 285.

³⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 221.

³⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 221.

Cite-se, como exemplo, o rol de testemunhas do fato ocorrido. Muitas das vezes são várias as pessoas a presenciarem o fato e, quase sempre, as elencadas como testemunhas do inquérito policial (e que seguem, já no processo penal, a mesma sina) são aquelas que possuem a mais clara memória, relatos mais confiáveis, segundo o parecer da autoridade policial.

Sobre esta coleta seletiva de elementos de prova, Geraldo Prado ressalta que:

O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura trifásica de procedimento penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em prática ilícitas³⁴⁵.

Num fato visto por muitos, qual o critério para escolha das testemunhas? Por que a testemunha que teria dúvidas seria descartada? Não seria a dúvida da testemunha a demonstração, em alguns casos, da incerteza para a imputação?

Lembre-se que, “em geral, não há nenhuma garantia quanto aos dados produzidos por nossa memória”³⁴⁶.

A escolha das testemunhas, sem a participação efetiva da contradita, é um exemplo de como o fato pode ser construído (e a imputação preliminar forjada) a partir de uma pré-seleção, unilateral, a ser sustentada, desde o primeiro instante, até o desfecho da persecução penal.

É possível fundamentar que a escolha direcionada de testemunhas seja exitosa na manipulação, ainda que inconsciente, da verdade a ser pretendida. Vale notar que, como as primeiras entrevistas, normalmente, ficam a cargo do investigador policial, as testemunhas, por acaso deixadas ao largo da *persecutio*, em regra, não mais serão arroladas para relatar suas versões nos autos, excluídas para sempre da participação na reconstrução histórica do fato ou da possibilidade de lançar suas dúvidas sobre a certeza traçada.

Como oportunizar mecanismos de controle ao exercício da parcela de poder-dever deixada a cargo dos agentes policiais no delineamento das versões a embasarem a tese da acusação?

³⁴⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48.

³⁴⁶ FREUD, Sigmund. *Lembranças encobridoras (1898)*. In: Primeiras Publicações Psicanalíticas. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud. v. 3. Rio de Janeiro: Imago, 1977, p. 346.

É pertinente perquirir sobre a real dimensão de poder (e não saber) existente na busca e eleição dos pontos de constituição da “verdade”, içada com as ações e opções da autoridade no inquérito policial.

“No sistema brasileiro não há [...] direito de o próprio indiciado realizar investigações para introduzi-las nos autos”³⁴⁷. Embora também não haja proibição a essa realização, o valor dado a esse tipo de diligência é muito reduzido, pela lacuna normativa e, também, porque sua inserção queda ao alvedrio da autoridade. Restaria apenas o recurso à autoridade policial superior ou a petição ao Ministério Público³⁴⁸.

Antônio Scarance descreve o seguinte cenário, em busca, no direito comparado, de respostas para os problemas da instrução preliminar brasileira:

A tendência na Europa é garantir maior participação da defesa e do imputado na investigação. A maior dificuldade está em se delimitar o âmbito dessa participação. Não há dúvida de que se deve assegurar ao indiciado a oportunidade de influir nos atos de persecução, e, ainda, de se manifestar e produzir prova não complexa antes de ser admitida a acusação. O que não parece condizente é a participação em contraditório pleno em todos os atos de investigação³⁴⁹.

Interessante recurso para a minimização da unilateralidade³⁵⁰ na condução da instrução preliminar criminal é o apresentado pelo sistema processual italiano. Na *indagine preliminare* há a previsão da possibilidade de ser feita investigação pela defesa (*investigazione difensiva*)³⁵¹. Os elementos colhidos, com observâncias do art. 391 e seguintes do CPPi, são endereçados ao juiz garante para inserção nos autos da investigação do Ministério Público³⁵².

3.2.3.3.1 Forma escrita

No sistema bifásico, o comprometimento da imparcialidade do juiz é a pedra de toque da persecução penal. A este modelo, Aury Lopes Júnior reservou a severa pecha de “monstro

³⁴⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

³⁴⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

³⁴⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

³⁵⁰ O afastamento do investigado em relação à investigação criminal torna o procedimento essencialmente autoritário (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 162).

³⁵¹ Vide item 4.3.

³⁵² FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório [...])³⁵³, descortinando assim sua fraude:

A prova é colhida na inquirição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Este discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase³⁵⁴.

Veja-se que a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei n. 11.690/2008, quando diz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”³⁵⁵, a despeito de vir, juntamente com outras alterações legislativas, no intuito de consagrar o sistema acusatório, ao contrário, com a janela aberta pelo advérbio “exclusivamente”, configurou-se nítida “estratégia de mera adequação formal, leia-se de mera cosmética, na consagração da democraticidade do processo”³⁵⁶.

Ao juiz continua a permissão de condenar pelos elementos (evidências) do inquérito.

Rui Cunha Martins comenta que “ruídos variados e de movimentações não redutíveis ao mundo jurídico”³⁵⁷ de conteúdo corporativo³⁵⁸, convivem no processo legislativo atual de reforma do sistema Processual Penal pátrio, a buscar a permanência de poderes instrutórios dos juízes em sede de persecução.

Houve mesmo a tentativa de, via emenda ao Projeto do Novo Código de Processo Penal³⁵⁹, minimizar a exclusão da vedação feita à iniciativa do juiz na produção de provas³⁶⁰.

³⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

³⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

³⁵⁵ BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941.

³⁵⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31.

³⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36.

³⁵⁸ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

³⁵⁹ Trata-se da Emenda n. 78, proposta pelo Senador Antônio Carlos Valadares, a partir de “preocupações externadas pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE”, que acrescentaria ao art. 162 do Projeto do Novo Código de Processo Penal o parágrafo único, *ipsis literis*: “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes” (BRASIL. Senado Federal. Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, que dispõe sobre a reforma

Pela alteração pretendida, o juiz, diante da dúvida que o levaria obrigatoriamente à aplicação do princípio *in dubio pro reo*, converter-se-ia em inquisidor, indignando-se com a dúvida e caminhando no sentido de uma certeza preconcebida. Aury Lopes Júnior adverte que, diante da ausência do grau de convencimento necessário para a condenação, a absolvição é imperativa, não comportando irrisignação por parte do juiz³⁶¹.

A gravidade da permissão do art. 155 do Código de Processo Penal³⁶², que, em tese, desde que fundada em outros elementos, permite a sentença condenatória a partir de conclusões da frágil investigação criminal, força a profanação³⁶³ desta fase de instrução.

Com este desígnio, atenta-se a outra de suas mais caras características: a forma escrita.

Nos termos do art. 9º do Código de Processo Penal, os atos de diligências levados a cabo no inquérito policial devem ser formalizados³⁶⁴. No entanto, no caso brasileiro, há uma deturpação desta regra, com o excesso de formalização das peças da instrução preliminar, num arremedo da fase processual, chegando a ter, a etapa prévia, ares de fase plenária.

Esta formalização, exigida pela lei, croqui unilateral feito pela autoridade inquisidora, peca por não levar em conta “a substância deslizando da língua”³⁶⁵: a captação subjetiva

do Código de Processo Penal. *Emenda n. 78 apresentada em turno suplementar*. Senador Antônio Carlos Valadares).

³⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32-38.

³⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 503.

³⁶² “O grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra ‘exclusivamente’. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão ‘exclusivamente’ com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo. Manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de ‘condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito’” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 286).

³⁶³ Diante da sacralização da instrução preliminar criminal no Processo Penal brasileiro, que não se contém em seu estreito domínio, utiliza-se o vocábulo “profanar”, no sentido apresentado por Giorgio Agamben: “os juristas romanos sabiam perfeitamente o que significa ‘profanar’. Sagradas ou religiosas eram as coisas que de algum modo pertenciam aos deuses. Como tais, elas eram subtraídas ao livre uso e ao comércio dos homens, não podiam ser vendidas nem dadas como fiança, nem cedidas em usufruto ou gravadas de servidão. Sacrilego era todo ato que violasse ou transgredisse esta sua especial indisponibilidade, que as reservava exclusivamente aos deuses celestes (nesse caso eram denominadas propriamente ‘sagradas’) ou infernais (nesse caso eram simplesmente chamadas ‘religiosas’). E se consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significava restituí-las ao livre uso dos homens. ‘Profano’ – podia escrever o grande jurista Trebácio – em sentido próprio denomina-se àquilo que, de sagrado ou religioso que era, é devolvido ao uso e à propriedade dos homens” (AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 65).

³⁶⁴ Na redação do art. 9º do Código de Processo Penal: “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade” (BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941).

³⁶⁵ Saussure constata que “é errado dizer: esta palavra. É preciso dizer: hábito dos sujeitos falantes de fazer com que esta sequência de sons corresponda a uma ideia determinada. [...] Jamais haverá uma palavra que realize sua

daquele que grava para a posteridade o seu entendimento do testemunho, da confissão, da encenação de determinado fato, terá outra leitura pelo intérprete³⁶⁶.

A tradição equivocada de laurear de formalidades a colheita de testemunhos na fase policial, a emprestar, com rito e solenidade, uma suposta credibilidade (inexistente), é assim comentada por Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen:

Concluindo, é inadmissível que a investigação preliminar seja ou converta-se em plenária, não só porque atrasa todo o processo, mas também porque tende a converter os meros atos de investigação – praticados muitas vezes em segredo e sem qualquer contraditório – em atos de prova, transformando a fase processual num mero trâmite para valorar e sentenciar. Em definitivo, o sistema plenário degenera o processo e sua estrutura dialética, pois fulmina a igualdade de oportunidades e o contraditório. Também causa a insatisfação geral pela sensação de repetição de atos, quando, na verdade, eles nunca deveriam ter sido produzidos na investigação preliminar, mas, sim, reservados para o processo³⁶⁷.

A captação feita pela autoridade, com o acréscimo de seus preconceitos, mediatizada pela formalização por escrito, por certo influenciará o convencimento do *parquet*, chegando a influenciar, como já dito, o convencimento do juiz. Isto porque não há no sistema brasileiro a proibição de que as peças de informação cheguem às mãos do juiz da causa, repita-se.

Se há, com a linguagem direta, a dificuldade na transmissão de significados, o que se pode dizer da transmissão mediatizada pelo texto escrito? A transposição desnecessária e exagerada para o registro formal traz outro complicador às peças de informação produzidas em sede policial, deturpando a reconstrução do fato.

Em poesia, Paulo Leminski revela a impossibilidade de isenção no registro da linguagem e na leitura deste registro, revelando a inevitável deturpação do significado primeiramente captado³⁶⁸:

unidade ou sua ‘existência’ senão pela combinação de fatos bucais com uma operação mental de uma ordem inteiramente diferente” (SAUSSURE, Ferdinand de. BOUQUET, Simon; ENGLER, Rudolf (Orgs. e Eds.). *Escritos de Linguística Geral*. 12. ed. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lucia Franco. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 241 -242).

³⁶⁶ “O inconveniente da forma escrita, como destaca Beling, é que o órgão que tem de decidir se encontra só com letras mortas e incolores, perdendo-se o frescor da impressão, posto que só a oralidade, aliada à imediação, proporciona o contato direto. [...] Os modelos de investigação preliminar a cargo do MP ou da polícia tendem a exigir um alto grau de escritura, ausência de concentração e imediação” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189-193).

³⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179-180.

³⁶⁸ “Podemos dizer que um signo pode desfazer a sua união, que um significante pode unir-se a outro significado qualquer, reciprocamente. Dessa forma a união que resulta num signo não é eterna, um significante não está colado a um significado [...]” (CUNHA, Raquel Basílio. *A relação significante e significado em Saussure*. ReVEL. Edição especial n. 2, 2008).

Lugar onde se faz
o que já foi feito.
branco da página,
soma de todos os textos,
foi-se o tempo
quando, escrevendo,
era preciso
uma folha isenta.

Nenhuma página
jamais foi limpa.
Mesmo a mais Saara,
ártica, significa.
Nunca houve isso,
uma página em branco.
No fundo, todas gritam,
pálidas de tanto³⁶⁹.

Pelo exposto, é importante realçar a advertência de Gadamer quanto à debilidade do texto escrito:

A preeminência metodológica do texto escrito é que nele o problema hermenêutico aparece puramente, livre de todo o caráter psicológico. De certo, o que aos nossos olhos e para a nossa intenção representa uma vantagem metodológica é ao mesmo tempo expressão de uma debilidade específica que caracteriza muito mais o escrito do que a própria linguagem. A tarefa de compreender aparece de modo muito claro quando se reconhece a debilidade de todo escrito³⁷⁰.

O mesmo Gadamer discorreu sobre a imprecisão do testemunho reduzido a termo, da seguinte forma:

Na declaração se oculta com precisão metodológica o horizonte de sentido do que verdadeiramente se deve dizer. O que resta é o sentido ‘puro’ do que foi declarado. Isso é o que passa ao relatório. Mas enquanto reduzido assim à declaração, ele representa sempre um sentido desfocado³⁷¹.

A instrução preliminar dever-se-ia guiar pela consciência de tal imprecisão, deixando de buscar, nos atos de formalização dos testemunhos pinçados, a plenária, a dar ares de

³⁶⁹ *Plena Pausa*. In: LEMINSKI, Paulo. *Distraídos venceremos*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 29.

³⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 508.

³⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 508.

produção de prova onde não há. Não se olvide de que “[...] a única prova válida para a sentença é a produzida em juízo, com todas as garantias”³⁷².

3.2.3.3.2 Sigilo

Outro ponto sensível da verdade que autoriza a imputação preliminar (e medidas daí advindas) reside, justamente, na sua construção sob o signo do sigilo.

Se há um símbolo ligado tradicionalmente à ideia de verdade, este símbolo é a luz. Em que pese o uso retórico da clareza para representar a inatingível certeza, é sem pudor que se apela às sombras para o alcance desta.

A verdade não se revela (às claras, tampouco, às trevas). Sua gênese está na construção democrática.

Como aceitar sem críticas o nascimento de uma “verdade” que, parida às escondidas, vem à luz com a parcimônia de instrumentos normativos autorizadores, entregue nas mãos dos inquisidores, para manuseio materialmente arbitrário dos componentes? Essa é a inquietação de Geraldo Prado, em recente monografia:

Vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira³⁷³.

Exempli gratia, o vulgar e cômodo método oculto de coleta de elementos de prova e evidências: a interceptação telefônica.

Com efeito. A pretexto de regulamentar o art. 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal, a Lei n. 9.296/1996 disciplinou a interceptação telefônica, autorizando, com requisitos expressos³⁷⁴, a quebra do sigilo telefônico para fins de investigação criminal.

Por razões de efetividade instrutória, mesmo porque seria impossível imaginar-se (argumenta-se) que, sabedor da escuta, alguém se exponha numa chamada telefônica, impõe-

³⁷² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179.

³⁷³ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.

³⁷⁴ Com destaque para os requisitos presentes no art. 2º da lei em comento: “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção” (BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 25 jul. 1996).

se o sigilo da medida autorizativa. A interceptação é feita à surdina, efetivamente. Alguns agentes, previamente autorizados, efetivam-na. À defesa é impedida a ciência prévia e, muito menos, ao imputado.

O segredo traz implícita a opção pela ausência de crítica. A construção que se faz a partir da colheita dos dados, dos relatórios circunstanciados de diálogos, das diligências havidas a partir dos dados colhidos, tem o direcionamento completo das agências do Estado.

Diante de infinitos pontos à disposição do inquisidor, é possível fazer uma gama de desenhos, inclusive no melhor momento para a intervenção do aparato repressor.

A complacência com o estado atual da instrução preliminar criminal brasileira (que se alimenta da busca da verdade a partir da coleta sigilosa de dados, sem a confrontação com outras versões possíveis) pode ser atribuída à presunção de veracidade dos atos policiais³⁷⁵, ao interesse da segurança pública, ao exercício do poder, à manutenção da lei e da ordem³⁷⁶. Nunca poderá ser atribuída, salvo argumento retórico³⁷⁷, à construção da verdade.

Há outra fragilidade a ser apontada na utilização de métodos ocultos na construção da verdade da instrução preliminar, especificamente na utilização das interceptações. O prazo máximo previsto na lei para a interceptação telefônica é de 15 dias, renováveis por igual tempo³⁷⁸. Sabe-se que são comuns, tendo em vista “a complexidade da atividade criminosa” (ou genéricas fundamentações correlatas), prorrogações intermináveis deste tempo.

Muitas das prorrogações, inclusive, são exaradas sem fundamentação bastante por parte da autoridade judiciária, que não demonstra a leitura dos relatórios e transcrições ou conhecimento dos respectivos áudios gravados.

³⁷⁵ “[...] Essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distinto da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial, são constantemente noticiados” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 278).

³⁷⁶ “Ora, um tal ‘império da ordem’ só pode ser fruto do autismo jurídico e de uma boa dose de má-fé. A falácia do discurso salta aos olhos, pois uma tal *ordem*, numa sociedade de risco como a nossa e com um altíssimo nível de complexidade, só pode decorrer do completo afastamento do direito da realidade e/ou da imensa má-fé por parte de quem o prega. Não sem razão foi o argumento largamente utilizado por programas políticos totalitários, como o nazismo (pureza de raça) ou mesmo o comunismo (pureza de classe)” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15).

³⁷⁷ “Oxalá fôssemos uma nação de juristas. Mas o que somos é uma nação de retóricos. Os nossos governos vivem a envolver num tecido de palavras os seus abusos, porque as maiores enormidades oficiais têm a certeza de iludir, se forem lustrosamente fraseadas. O arbítrio palavreado, eis o *regímen* brasileiro” (BARBOSA, 1953 *apud* PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 29).

³⁷⁸ A íntegra do art. 5º da Lei 9.296/1996: “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova” (BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 25 jul. 1996).

A jurisprudência é repleta de decisões judiciais que permitem a extrapolação do período restritivo legal, como a seguinte:

Habeas corpus. Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes. Intercepção telefônica autorizada judicialmente. Alegação de falta de fundamentação. Improcedência. Ordem denegada. 1 - A intercepção telefônica não pode exceder a 15 dias, porém pode ser renovada por igual período, não havendo restrição legal ao número de vezes para tal renovação, se comprovada a sua necessidade. 2 - A intercepção telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o lapso temporal ser avaliado motivadamente pelo juízo sentenciante, considerando os relatórios apresentados pela polícia, a complexidade do feito e o grande número de réus. 3 - Ordem denegada³⁷⁹.

Diante de tal decisão, similar a tantas outras, e da ampliativa leitura feita sobre a restrição legal, que viera a campo no ordenamento jurídico brasileiro, frise-se, a fim de regulamentar uma exceção constitucional ao sigilo das telecomunicações, não é sem ironia a citação de Hans-Georg Gadamer:

O que se fixa por escrito desvinculou-se da contingência de sua origem e de seu autor, liberando-se positivamente para novas relações. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião para ocasião³⁸⁰.

Arrematando, em ocasião tendencialmente punitivista e num Estado que caminha para a maximização das estruturas de controle, o limite legal perde sua função e transforma-se numa autorização para a perenidade da intercepção telefônica, desde que haja prazo múltiplo de 15 dias.

Este entendimento jurisprudencial incorre em equívoco de efeito nefasto à instrução preliminar, a permitir a manipulação da primeira verdade da persecução penal. Após a colheita infundável de conversações telefônicas, o inquisidor tem ampliada a possibilidade para desenhar a inculpação que desejar, e é esta tendenciosa construção, coerentemente tecida a partir do vasto material obtido com sucessivas autorizações do Poder Judiciário, que pode ser levada ao Ministério Público como “verdade”, produto de eficiente escritório de inteligência policial.

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *Habeas Corpus n. 20090020005556HBC - DF*. 1ª Turma Criminal. Julgado em 16 abr. 2009. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto.

³⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 512.

Difícilmente não ocorrerá a vinculação da *opinio delicti* à construção da imputação preliminar, esculpida pela autoridade policial, que se debruça com desenvoltura, ineditismo e exclusividade num vastíssimo material de linguagem.

Seria possível desvencilhar o Ministério Público desta condução, já efetivada pela agência policial? Salvo com o trabalho árduo de escuta de horas de gravação de comunicações interceptadas, nem o Ministério Público, nem mesmo a defesa, se afasta da construção primeira.

A partir da primeira construção, o processo judicial pode ter seu início e refinamentos, mas sempre seguirá o destino da forja inicial, muitas vezes manipulada a partir de retalhos de diálogos, possibilitados pelo alargamento do tempo de interceptação.

3.2.4 Legitimidade da imputação preliminar na atual sistemática

No Estado de Direito, o nascimento de obrigações e mudança no patrimônio jurídico do indivíduo só podem ocorrer se houver expressa autorização “por meio das espécies normativas devidamente elaboradas”³⁸¹, materialmente em harmonia com as garantias e direitos fundamentais inscritos na Constituição. O princípio da legalidade socorre o indivíduo contra o poder arbitrário do Estado.

Em última análise, a limitação a direitos individuais só obtém fundamento na excepcionalidade restrita do texto constitucional e na dinâmica de seus princípios.

Aqui, cabe buscar a lição de Ferrajoli:

*Estado de derecho: entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)*³⁸².

É importante observar que o inquérito policial é sistematizado na forma de um procedimento, concatenado, escrito, disposto cronologicamente e que tem o objetivo, como já apresentado, de, primordialmente, proteger o indivíduo contra acusações infundadas, além de realizar a reconstrução histórica do fato, através da coleta de evidências, propiciando subsídios mínimos para a verificação de justa causa para a propositura da ação penal, caso haja lesão a bem jurídico material.

³⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 104.

É neste sentido que se pode enxergar o inquérito policial como uma “atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem numa dinâmica bastante específica [...]”³⁸³, embora, seja procedimento administrativo voltado à verificação de justa causa para a ação penal e não, propriamente, à prática de ato administrativo final. Há atos administrativos em seu trâmite, mas sua finalidade precípua é a verificação de legitimidade do prosseguimento da persecução penal e não a produção de um ato que encerre uma decisão administrativa. Como visto, o inquérito policial é procedimento administrativo que não se resolve no âmbito da administração³⁸⁴.

Di Pietro aponta que, “em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados [...]”³⁸⁵. Isto porque se inadmite, no Estado de Direito, qualquer invasão do espaço do indivíduo que não esteja previsto em lei e que não siga um procedimento regular, como visto acima.

Na atual sistemática, durante o regular trâmite do procedimento do inquérito policial, a conclusão do inquisidor (seu juízo de valor) sobre a verossimilhança de autoria e ilicitude da conduta, em sede de instrução preliminar, pode materializar-se num ato formal, chamado de indiciamento. É sem dúvida um ato estatal, imperativo³⁸⁶ e com consequências na esfera do investigado.

Por vezes, a imputação preliminar não se exterioriza através de um ato formal, sendo identificável, no entanto, através da realização de atos objetivos que demonstrem o juízo de valor de atribuição da autoria do fato delituoso ao investigado.

Se não houvesse repercussões no ato de indiciamento do indivíduo (ou na imputação preliminar não formalizada), como já perpassado³⁸⁷, poder-se-ia dizer que o procedimento do inquérito policial fosse insípido, voltando-se tão somente à verificação da possível imputação afeta ao Ministério Público, através da denúncia ou, ausentes requisitos mínimos, para representação pelo arquivamento³⁸⁸. Acontece que pode haver, no atual modelo, no interregno

³⁸³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 87.

³⁸⁴ Vide item 2.1.

³⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 483.

³⁸⁶ Segundo Di Pietro, “imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 184).

³⁸⁷ Vide 3.2.1.

³⁸⁸ O Projeto do Novo Código de Processo Penal retira o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, passando a realizar-se no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à

entre a instauração e encerramento do inquérito, este juízo de atribuição por parte da autoridade policial, com repercussões na esfera do indivíduo e efetiva alteração na situação jurídica deste.

Seria desejável que o instituto da formalização de tal imputação fosse previsto em lei, com delineamento preciso. Aliás, seria preciso que o delineamento inclusive impedisse que a imputação preliminar fosse ocultada do investigado e de seu defensor.

O Processo Penal, através do formal indiciamento, prevê a exteriorização da imputação preliminar unilateral e autônoma da autoridade policial (na atual sistemática), com consequências significativas na esfera do indivíduo investigado³⁸⁹.

Há um ato potestativo com captura impositiva e, talvez, prematura do indivíduo pelas cargas do processo penal.

Diz-se impositiva, porque alheia à dialética.

Nesse sentido é difícil imaginar um Processo Penal Democrático que conviva com alterações consequenciais da situação jurídica do indivíduo sem espaço para o dissenso³⁹⁰. É da natureza da democracia a legitimação das decisões estatais pela possibilidade de enfrentamento de teses divergentes.

Ferrajoli é preciso, ao dizer:

Un descubrimiento – sea del científico, del historiador o del detective – no es nunca un acto mecánico, sino siempre un hecho creativo confiado a la imaginación y a la invención. En consecuencia, nunca es deducible mecánicamente ni puede nunca afirmarse como absolutamente verdadero, sino que sólo puede ser preferido a todas las hipótesis concurrentes conforme a los dos criterios de verificación [...]: su ‘coherencia’ con el mayor número de confirmaciones y su ‘aceptabilidad justificada’ por su resistencia al mayor número de contrapruebas y por la caída ante éstas de todas las demás hipótesis³⁹¹.

Diz-se prematura, porque antecipatória da *opinio delicti* confiada ao Ministério Público, com consequências prejudiciais e autônomas ao acervo de direitos do imputado.

vítima legitimidade para questionar a correção do arquivamento. Art. 35, inciso IV, do Projeto de Lei n. 156/2009.

³⁸⁹ “O indiciamento implica certa qualificação jurídica, ou, melhor, categoria determinante de consequências próprias, no âmbito do procedimento inquisitivo, prevalentemente restritivas de direitos [...]” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315).

³⁹⁰ Mauro Fonseca Andrade afirma que “nunca é demais lembrar que a existência de recurso pressupõe o reconhecimento da falibilidade humana [...]” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112).

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 143.

Relembre-se, por essencial, trecho já citado da obra de Luigi Ferrajoli onde, ao discorrer sobre as atividades a serem exercidas pela polícia, o autor conclui que “ninguna de estas atividades debería comportar el ejercicio de poderes autónomos sobre las libertades civiles o sobre los demás derechos fundamentales”³⁹².

Verifica-se que há realmente uma autonomia da imputação preliminar (levada a cabo, em regra, pela autoridade policial e, por vezes, formalizada através do indiciamento) frente a imputação restrita, de atribuição do Ministério Público.

Há vezes em que há a imputação preliminar por parte da polícia, formalizada ou não, sem a subsequente denúncia³⁹³. Há a denúncia, sem a prévia imputação preliminar³⁹⁴.

Recentemente, o STF se manifestou, circunscrevendo o ato de formal indiciamento à esfera de atribuição da polícia, como ato de competência privativa da autoridade policial³⁹⁵, demarcando o campo de incidência do instituto. A decisão é afinada com sistemática atual³⁹⁶, corroborada pela doutrina³⁹⁷ e jurisprudência, denotando a autonomia apontada à imputação preliminar, deslocando-a (quando formalizada pelo indiciamento) de outros atores da persecução (judiciário e MP):

Não obstante a legislação processual penal seja silente a respeito, a doutrina penal define o indiciamento como sendo o ato de formalização da convicção, por parte da autoridade policial, que os elementos indiciários até então colhidos na investigação indiquem ser uma pessoa autora do crime [...]. Por essa razão, não parece razoável o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento formal de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório. Este, contemplado em nosso ordenamento jurídico, impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura tipicamente inerente à função investigatória³⁹⁸.

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 768.

³⁹³ “A existência ou não do ato de indiciamento, de outro lado, impossui a marca da definitividade em relação à sorte futura do inquérito, no juízo penal” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 314).

³⁹⁴ Vide item 3.2.2.1.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

³⁹⁶ Vide item 3.2.5.

³⁹⁷ Para Nucci, o “indiciamento é ato exclusivo da autoridade policial, que forma o seu convencimento sobre a autoria do crime, elegendo, formalmente, o suspeito de sua prática. Assim, não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar à força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92).

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 115.015 – SP*. Segunda Turma. Julgado em 27 ago. 2013. Relator: Ministro Teori Zavascki.

Diz-se carga, ao referir-se à imputação, ainda na fase preliminar, na concepção apresentada por James Goldschmidt:

*Cuando se parte de la concepción de que las leyes penales son amenazas de un procedimiento judicial, a saber: de condenación a la pena señalada y de ejecución de la misma, el lazo jurídico procesal, que se deduce de tales amenazas para los individuos, es una carga*³⁹⁹.

Neste sentido, é possível imaginar que o infortúnio ou sucesso do indivíduo para se livrar de uma futura condenação se inicie já antes da fase processual da persecução, na imputação da instrução preliminar. Afinal, não são poucas as repercussões de uma sinalização de provável cometimento do crime já na primeira etapa da *persecutio*, a irradiar efeitos até a sentença condenatória.

Aliás, “a mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal reside na indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional”⁴⁰⁰.

Bernd Schünemann denuncia que o juiz, ao ter conhecimento dos autos da atividade inquisitória, acaba preso à linha traçada nos autos da instrução, os quais, em regra, “foram construídos de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contém uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia”⁴⁰¹.

Argumenta-se, bem por isto, que algumas posturas defensivas do indiciado se mostram propícias na mais tenra hora do Processo Penal, sem as quais as medidas excepcionais restritivas de direitos podem vir a se materializar com maior propensão. Ademais, o benefício de se estancar uma imputação contra si no nascedouro é evidente.

Portanto, se a ameaça penal é vislumbrada desde a instrução preliminar, e a imputação feita neste âmbito traz potencial dano ao indiciado, é de se admitir que possa ele, desde já, “prevenir a las desventajas procesales de la condenación y ejecución”⁴⁰².

Enfim, no exercício da análise da legitimidade da imputação preliminar no ordenamento brasileiro, visitaram-se seus fundamentos de existência, coincidentes com os

³⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 83.

⁴⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 118.

⁴⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 207.

⁴⁰² GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 84.

pilares da instrução preliminar criminal; analisou-se a delegação prioritária aos órgãos de polícia e suas implicações, questionando a separação orgânica das funções na persecução penal; constataram-se as repercussões significativas da nova situação jurídica.

Na sequência, ver-se-á a disciplina normativa do indiciamento, ato formal de exteriorização da imputação preliminar, entregue, em regra⁴⁰³, aos órgãos de polícia.

3.2.5 Ato formal de indiciamento. Disciplina normativa ascendente

Como visto, hoje, a instrução preliminar criminal, quando levada a efeito através do inquérito policial, pode culminar na exteriorização formal da imputação de autoria ao investigado. Esta decisão da autoridade que preside as investigações acarreta uma sensível mudança na situação jurídica do agente, e, apesar de trazer repercussões significativas e prejudiciais ao seu espaço de direitos e garantias individuais⁴⁰⁴, não possui previsão legal, a estipular limites suficientes que possibilitem o controle.

Corroborando a constatação de inexistência de previsão legal instituindo o indiciamento, Fauzi Hassan Choukr afirma que “o nosso Código Processual Penal em momento algum disciplina seu funcionamento [...]”⁴⁰⁵.

Segundo Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen, “entre os maiores problemas do inquérito policial está a falta de um indiciamento formal, com momento e forma estabelecidos em lei”⁴⁰⁶.

Scarance afirma que “não cuida o Código, todavia, do indiciamento, só se referindo ao indiciado. Trata-se, contudo, de instituto importante, pois constitui o indiciamento a afirmação de que há um provável autor da infração apurada”⁴⁰⁷. Para o autor, “a falta de tratamento legal do indiciamento conduz a desvios graves. Fica ao alvedrio da autoridade policial decidir a

⁴⁰³ Registre a possibilidade de indiciamento pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, que contam com poderes investigatórios previstos na Lei n. 1.579/1952. Vide item 3.2.5.1.

⁴⁰⁴ Além das repercussões endoprocedimentais, “significativa magnitude social envolve o indiciamento. Para comprovar tal afirmação, basta que se abra qualquer jornal ou se assista às notas policiais em telejornais para que se constate, de forma até estarrecedora, que ele tem mais repercussão junto à comunidade do que a confirmação de uma sentença condenatória pelo Supremo Tribunal Federal” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.143).

⁴⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 142.

⁴⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431.

⁴⁰⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

respeito e ela realiza o indiciamento por intermédio de ato destituído de formalidade e sem qualquer motivação⁴⁰⁸.

Nucci, por sua vez, concorda que “o indiciamento é ato constrangedor, poderia haver, realmente, exigência legal para a motivação do ato”⁴⁰⁹.

Este vazio normativo não impediu que, ao longo dos anos, o indiciamento se sustentasse, sem limites claros, nas definições trazidas pelas instruções normativas dos órgãos policiais, construídas intuitivamente a partir da utilização pelo Código dos vocábulos “indiciado” e “indícios”, bem como pelo estudo doutrinário em torno do tema.

De fato, o Código de Processo Penal utiliza-se das palavras “indiciado” e “indícios” por diversas vezes, trazendo expressas consequências endoprocedimentais⁴¹⁰ à condição de indiciado, bem como qualificando os indícios no escalonamento de aferição dos elementos de imputação.

A propósito, há em trâmite, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 8001/2014, atualmente em fase de análise pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, visando substituir, no corpo do CPP, o termo “indiciado” por “investigado”. O projeto de lei também tenciona revogar o parágrafo 6º do artigo 2º da Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013, que, por sua vez, como se verá na sequência, tentou trazer morada legal (ainda que de forma vaga, sem limites suficientes para o controle efetivo) ao indiciamento. Constata-se que o terreno é instável⁴¹¹.

Pelo Código de Processo Penal, o indiciado será individualizado, com dados cadastrais e características físicas registradas - dados antropométricos (art. 5º, § 1º, alínea b); interrogado (art. 6º, inciso V); poderá ser identificado datiloscopicamente⁴¹² e terá os seus registros de

⁴⁰⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125-126.

⁴⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

⁴¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 238.

⁴¹¹ O Projeto de Lei n. 6.419/2012, apresentado em 01 de abril de 2012, apensado ao Projeto de Lei n. 4.209/2001, em 05 de abril de 2012, e posteriormente arquivado (em 13 de janeiro de 2009), também buscava alterar dispositivos do Código de Processo Penal, eliminando os termos “inquérito policial” e “autoridade policial”, instituindo o cadastramento único de todo registro policial e excluindo a denominação indiciado, passando o suspeito a ser chamado de investigado (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.209/2001, de 12 março de 2001*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências; e BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.419, de 01 de abril de 2012*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências).

⁴¹² Lembre-se que a Constituição Federal proíbe, em regra, a identificação criminal do civilmente identificado. Apenas haverá a exceção permissiva nos casos específicos previstos no art. 3º da Lei n. 12.037/2009. Assim, ainda que com apresentação do documento de identificação civil, a identificação criminal, que inclui o processo datiloscópico e fotográfico, dar-se-á “quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar

antecedentes criminais juntados aos autos (art. 6º, inciso VIII); e ainda se submeterá a um questionamento sobre sua vida pregressa, “sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele” (art. 6º, inciso IX), buscando elementos para apreciação de seu temperamento e caráter⁴¹³.

Ainda de acordo com o atual Código de Processo, fica claro que a condição de indiciado também aproxima o agente da probabilidade de ter sobre si ou seu patrimônio a decretação de medidas assecuratórias e cautelares, dentre elas, a prisão.

Neste sentido, os bens imóveis “adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração” poderão ser sequestrados, bastando, para tal, veementes “indícios da proveniência ilícita dos bens” (art. 125); poderá recair sobre “os imóveis do indiciado” a hipoteca legal, tendo como requisitos “a certeza da infração e indícios suficientes da autoria” (art. 134); a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver “indício suficiente de autoria”⁴¹⁴ (art. 312); poderá o indiciado ainda ser proibido de acessar ou frequentar lugares, manter contato com pessoa determinada, ausentar-se do país, devendo neste caso entregar o passaporte (art. 319, incisos II e III, art. 320).

A frágil imputação realizada na instrução preliminar (escorada em evidências) e a provável repercussão extrema de medidas cautelares parecem ser institutos imiscíveis.

Portanto, realça a necessidade do controle, a partir do paradigma dos princípios garantistas, das medidas excepcionais de restrição de direitos. Este campo se torna fértil para “a deformação que o sistema penal cautelar implica como forma dominante do exercício do poder punitivo”⁴¹⁵, levando “as agências executivas a defenderem, com ênfase especial, seus

documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais” (BRASIL. *Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 02 out. 2009). Antes da previsão constitucional, Nilo Batista já reconhecia a prática como um “pequeno ritual de degradação” (BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 118).

⁴¹³ “A principal justificativa do dispositivo é servir de base para o juiz quando da análise dos requisitos do art. 59 do CP. Contudo, juízes não são antropólogos ou sociólogos e – mesmo que fossem – não possuem elementos para fazer tal avaliação. No que se refere à ‘personalidade do agente’, não existe a menor possibilidade de tal avaliação se realizar e, muito menos, ter valor jurídico. Não existe a menor possibilidade (salvo os casos de vidência e bola de cristal) de uma avaliação segura sobre a personalidade de alguém, até porque existem mais de 50 definições diferentes sobre a personalidade” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 270).

⁴¹⁴ “A lei utiliza a qualificação suficiente para demonstrar que não é qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 627).

⁴¹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

âmbitos de arbitrariedade para deter, requisitar, interrogar etc., pouco lhes importando a busca efetiva de evidências com vistas ao julgamento e à condenação formais [...]”⁴¹⁶.

Acrescente-se que, além do atual Código de Processo Penal, outras leis trazem consequências indesejáveis ao indiciado.

A Lei n. 7.960/1989, dispondo sobre a prisão temporária, veio fragilizar definitivamente o *status libertatis* do indiciado. Inculcado preliminarmente pelo cometimento de crime elencado no inciso III, do art. 1º da lei (crimes considerados de especial gravidade)⁴¹⁷, poderá ter sua prisão decretada se tal medida for imprescindível⁴¹⁸ para a investigação policial (art. 1º, inciso I), ou não possuir, o indiciado, residência fixa ou, ainda, não fornecer elementos que possibilitem sua identificação⁴¹⁹ (art. 1º, inciso II).

Embora a lei pareça exigir a qualidade de indiciado para a decretação da medida, já que utiliza expressamente o vocábulo “indiciado” nos incisos III e II da lei analisada, Guilherme de Souza Nucci entende que “não é exclusivamente o indiciado que está sujeito à prisão temporária”⁴²⁰ e não opõe a ausência do formal indiciamento à concessão da medida. No entanto, é de se defender que, ainda que ausente a formalização do indiciamento, é imprescindível a existência de elementos mínimos que demonstrem e permitam a regular imputação preliminar, requisito essencial para a severa restrição de direito pleiteada.

De toda sorte, a representação⁴²¹ da autoridade pela prisão temporária do suspeito é um ato que demonstra inequivocamente a avaliação da autoridade sobre o conjunto indiciário, com consequente juízo de atribuição ao investigado da provável autoria delitiva⁴²².

⁴¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

⁴¹⁷ Nucci corrobora a doutrina já pacificada que “fixa como parâmetro a reunião do inciso III com o inciso I ou com o inciso II” da lei em comento (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1046).

⁴¹⁸ A exigida imprescindibilidade da medida de prisão cautelar para as investigações no inquérito policial, conforme exigência legal, é requisito de difícil aferição, sobretudo quando se nota que é a autoridade policial a responsável por nortear a instrução, e, por lógico, dizer sobre a importância de determinada medida para o êxito da *inquisitio*. É requisito de fácil preenchimento retórico.

⁴¹⁹ Se a falta de identificação for o motivo da prisão, “durante o período da prisão temporária, pode-se determinar a apuração de quem é, realmente, o indiciado, promovendo-se a sua identificação criminal (ex: colheita e exame da impressão dactiloscópica)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1047). Realizada a diligência de identificação, restaria insubsistente a prisão, com necessária revogação. Como acentua Pacelli, toda medida cautelar tem “sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 545).

⁴²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1047.

⁴²¹ Ou a requisição do Ministério Público. Art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/1989.

⁴²² Neste sentido, é lógico afirmar que, se a prisão temporária advier de requisição do Ministério Público, em sede de instrução preliminar criminal, a imputação preliminar, excepcionalmente, ficará a cargo deste.

A exigência feita pela lei, para a decretação da prisão temporária, de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado, não é outra que não a exigência de imputação, ainda que não formalizada no ato de indiciamento⁴²³.

Também a Lei n. 12.037/2009, que regulamenta o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, prevê uma série de situações (art. 3º, incisos I a VI) em que a pessoa indiciada, a par de apresentar documentação civil, poderá ser identificada criminalmente.

Na mesma tendência, em 2012, veio a lume a Lei n. 12.654, a fim de alterar a lei em comento, prevendo a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do indiciado, como inovadora e polêmica⁴²⁴ forma de identificação criminal.

Atingindo o ápice da tendência de repercutir o ato do indiciamento na órbita do agente investigado, ainda em 2012, foi promulgada a Lei n. 12.683. Com a intenção de “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”⁴²⁵, referida lei acrescentou à Lei n. 9.613/1998, o art. 17-D, com seguinte teor: “em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”⁴²⁶.

Observe-se que, se até agora, o ato do indiciamento (não suficientemente regulamentado em lei) restringia-se a constranger o indiciado a atos de etiquetamento⁴²⁷, ou, por outra, sempre aliado a outros requisitos, fragilizava a perspectiva de liberdade do investigado, com a inclusão do art. 17-D em voga, o ato teve o alcance de seus efeitos aumentado.

A legislação densificou suas consequências autônomas e, sem o pressuposto e regular processo administrativo disciplinar, a singela e unilateral indicição passou a ter o condão de afastar preventivamente o servidor público de suas funções.

⁴²³ Vide item 3.2.6.

⁴²⁴ “A única hipótese admissível de coleta invasiva de material biológico do imputado para confrontação do perfil genético seria o consensual, ainda assim com a custódia do material pelo Estado somente até o encerramento da instrução processual” (GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. *Coleta de perfil genético e sociedade de controle*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3928, 3 abr. 2014).

⁴²⁵ BRASIL. *Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

⁴²⁶ BRASIL. *Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

⁴²⁷ Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen atestam que “o processo penal representa a retirada da identidade de uma pessoa e a outorga de outra, degradada, estigmatizada. Em definitivo, o processo penal é uma clara atividade de etiquetamento” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116).

A Lei n. 12.683/2012 inverteu a lógica constitucional, privando o servidor público indiciado do essencial devido processo legal⁴²⁸. Há o drástico afastamento das funções, com o simples indiciamento. A formalização do ato de imputação da autoridade policial (preliminar, prematura, precária), autonomamente, repercute com força ilegítima no ordenamento jurídico⁴²⁹. E não é de se olvidar que “é uníssono o reconhecimento do caráter necessariamente parcial da fase preliminar, a investigação criminal [...]”⁴³⁰.

Lembre-se que o art. XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem versa que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”⁴³¹.

O art. 5º, inciso LV, da CF também é claro ao garantir aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁴³².

Como parâmetro, a Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, apenas prevê o afastamento preventivo⁴³³ do servidor após a instauração do competente processo administrativo disciplinar, e, ainda assim, exige expressamente a finalidade cautelar, nunca sancionatória. É assim porque, tanto no Direito Administrativo quanto no Direito Processual Penal “as medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas”⁴³⁴.

Imagine-se a hipótese em que a função ocupada pelo servidor público não possua ligação direta com o cometimento de um dos crimes tipificado na Lei de Lavagem de Capitais. Como enxergar razoabilidade no afastamento imediato preconizado pela lei?

É pacífico que o princípio da razoabilidade, também chamado de princípio da proibição de excesso, “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a

⁴²⁸ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

⁴²⁹ Veja-se que o indiciamento, instrumento de garantia, transforma-se em indevido mecanismo de antecipação dos possíveis efeitos extrapenais da sentença penal condenatória.

⁴³⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46.

⁴³¹ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948.

⁴³² Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

⁴³³ “Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo” (BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, 19 abr. 1991).

⁴³⁴ BIANCHINI, Alice *et al.* *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”⁴³⁵. Sem exame da necessidade e adequação da medida, sendo o afastamento do servidor mera decorrência do indiciamento, o mandamento legal não se mostra razoável, afrontando, pois, a constitucionalidade.

Não é demais lembrar que o indiciamento se situa no seio da instrução preliminar criminal e, para se legitimar, deve obter esteio nos mesmos fundamentos desta, não prescindindo de sua função de garantia e filtro para acusações infundadas. Por isto, não pode ser subvertido.

No entanto, é de se dizer que, embora seja necessária a leitura do formal indiciamento como instrumento de garantia, uma vez que é o marco que exterioriza a imputação preliminar, conformando-o ao Processo Penal Constitucional, o indiciamento perfaz efetivamente uma mudança na percepção pública a respeito do agente e, segundo Erving Goffman:

Quando o indivíduo tem uma imagem pública, ela parece estar constituída a partir de uma pequena seleção de fatos sobre ele que podem ser verdadeiros e que se expandem até adquirir uma aparência dramática e digna de atenção, sendo, posteriormente, usados como um retrato global. Como consequência, pode ocorrer um tipo especial de estigmatização. A figura que o indivíduo apresenta na vida diária perante aqueles com quem ele tem relações habituais será, provavelmente, reduzida e estragada por demandas virtuais (quer favoráveis ou desfavoráveis), criadas por sua imagem pública. Isso parece ocorrer sobretudo quando não se está mais engajado em acontecimentos que mereçam atenção e deve encarar, em todos os lugares, o fato de ser recebido como alguém que não é mais o que era; parece ainda provável que ocorra isso quando a notoriedade é alcançada devido a um acontecimento acidental, rápido e não característico que expõe a pessoa à identificação pública [...]⁴³⁶.

Inaceitável que a construção feita na instrução preliminar criminal, apoiada em evidências, seja suficiente para ferir de morte o princípio constitucional da presunção de inocência⁴³⁷. “Como ‘norma de tratamento’, aspecto mais significativo nessa fase investigativa, a presunção de inocência garante ao imputado que ele não poderá ser tratado como culpado durante toda essa fase”⁴³⁸.

⁴³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 86.

⁴³⁶ GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 82.

⁴³⁷ “Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

⁴³⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 493.

Dessa forma, o mandamento legal (Lei n. 12.683/2012, no que tange à inclusão do art. 17-D à Lei n. 9.613/1998) parece trazer o vício da inconstitucionalidade⁴³⁹, lembrando que “quanto ao Poder Legislativo, a presunção de inocência influi (ou deveria influir) nas escolhas e elaborações legais na medida em que, como princípio constitucional, precisa ser observada e respeitada pelo legislador”⁴⁴⁰.

Além disso, o tratamento dado pela Lei n. 12.683/2012 é inédito e destoa de casos semelhantes, como na previsão do art. 2º, § 5º, da Lei n. 12.850/2013 – Lei das Organizações Criminosas, onde, havendo indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, “poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”⁴⁴¹. Neste caso, o afastamento é cautelar, razoável e submetido à jurisdição.

A Lei n. 15.302/2004, de 10 de agosto de 2004, do Estado de Minas Gerais repete, em seu artigo 25, a mesma impropriedade do Poder Legislativo Federal ao culminar ao indiciado o imediato afastamento “a bem do serviço público” e, acrescente-se, em prejuízo da presunção de inocência. O parágrafo 2º do artigo chega a nominar o afastamento em decorrência do indiciamento de “pena”, observando que perdurará até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A investida que, nos últimos anos, o Processo Penal brasileiro⁴⁴² sofreu para a sublimação dos efeitos do indiciamento, não para por aqui.

A Lei n. 12.830/2013, que reflete tensões corporativas e interesses distantes do aperfeiçoamento da processualística, buscou garantir, ao lado de inúmeras prerrogativas para o delegado de polícia, o desenho legal da indicição. Citada lei trouxe limites vagos ao indiciamento, sem contornos suficientes a captar a dimensão do instituto e permitir sua escorreita aplicabilidade, valendo reproduzir o parágrafo 6º do art. 2º:

⁴³⁹ Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.911, impetrada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.911 - DF*. Entrada no STF em 21 fev. 2013. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski).

⁴⁴⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 364.

⁴⁴¹ BRASIL. *Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 05 ago. 2013.

⁴⁴² Andrea Verger, ao dissertar sobre a investigação criminal italiana, especificamente sobre o ato de inscrição do nome do investigado no registro da notícia do crime (a ser estudado em capítulo próprio: vide item 4), conta que, também na Itália, a inscrição pode gerar o efeito extraprocessual de suspensão facultativa do servidor público (VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 11-12).

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.
 §6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias⁴⁴³.

Com referida lei, outro *front* de batalha foi aberto⁴⁴⁴ para a consecução da mesma convalidação da imputação preliminar nas mãos da polícia. A propósito, Geraldo Prado identifica este fenômeno de concentração de poder nas mãos da polícia e/ou Ministério Público, nomeando-o como “aglomeração quântica de poder”, ressaltando que “com muita frequência isso descamba para o abuso de poder, em crescente direito penal e processual penal preventivo que combina práticas do subsistema policial e de emergência”⁴⁴⁵.

Sem regramento legal para o formal indiciamento, a polícia judiciária, carente de delegação expressa, limitação e contornos para aplicação do instituto, e, por outro lado, visualizando na realização da imputação preliminar um indiscutível momento de exercício de poder⁴⁴⁶, tratou de, via normativos internos, fazer o que a lei não fez.

A propósito, Sérgio Pitombo elucida que a “expressão ‘indiciar’, surgiu na prática policial, significando atribuir a alguém a condição não de simples suspeito da prática de infração penal, mas de seu provável autor”⁴⁴⁷.

Veja-se, *exempli gratia*, a disciplina da indicição trazida, no âmbito da Polícia Federal, pela Instrução Normativa n. 011/2001:

Quando houver comprovação da materialidade do delito e prova suficiente da autoria, a indicição será formalizada pelos seguintes atos:
 I. despacho fundamentado, na forma do item 89.1;
 II. auto de qualificação e interrogatório;
 III. elaboração do boletim de vida pregressa;
 IV. preenchimento do prontuário de identificação criminal para encaminhamento ao Núcleo de Identificação ou setor competente⁴⁴⁸.

⁴⁴³ BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da União, 21 jun. 2013.

⁴⁴⁴ A constitucionalidade do dispositivo (e de outros da mesma lei) é questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.059 - DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.059 - DF*. Entrada no STF em 18 out. 2013. Relator: Ministro Luiz Fux).

⁴⁴⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 50.

⁴⁴⁶ O indiciamento, com momento e limites claros, é instrumento de garantia, ferramenta de informação e definição de situação jurídica, a permitir que o investigado lance mão de meios de defesa desde a fase preliminar. No entanto, observa-se a subversão do instituto.

⁴⁴⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315.

⁴⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. *Instrução Normativa n. 11, de 27 de junho de 2001*. Publicada no Boletim de Serviço n. 129 do Departamento de Polícia Federal.

Registre-se, em princípio, a atecnia no uso da palavra “prova”, quando o correto seria dizer-se “evidência” ou “elementos de prova”. No entanto, a utilização, talvez um ato falho, seja importante para se perceber a tensão existente na tentativa das instituições de polícia de hipervalorizar os atos colhidos nesta fase prematura e marcada pela unilateralidade.

Observe-se que tal tendência encontra, infelizmente, eco para além da instrução preliminar criminal, não sendo incomum que as evidências colhidas (tratadas com superlativos por seus agentes) repercutam, em interferência sistêmica, em todo o curso da *persecutio*. Não é novidade dizer que “o juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação [...]”⁴⁴⁹. Afinal, nem mesmo a região processual do contraditório “é imune ao deslize suave da evidência”⁴⁵⁰.

A rotina criada pela instrução normativa citada, ainda que, ciente de se tratar a indicição de um ato de formalização da imputação e com consequências no patrimônio jurídico do investigado, preveja a salutar fundamentação da medida, exorbita de sua estreita esfera regulamentar. O normativo policial, a par de trazer alguns requisitos ao indiciamento⁴⁵¹, inova onde só a lei pode fazê-lo.

Neste sentido, o poder regulamentar conferido à Administração Pública é restrito à complementação legal, de modo a permitir sua efetiva aplicação. Não pode a Administração dizer onde a lei não disse ou alterá-la a pretexto de regulamentá-la. Isto porque, apesar de os atos de organização e funcionamento da Administração Federal possuírem conteúdo normativo, são apenas atos ordinatórios, que “só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias”⁴⁵².

Oportuno trazer a lição de José dos Santos Carvalho Filho sobre os decretos e regulamentos autônomos, inadmitidos no ordenamento jurídico pátrio:

Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o

⁴⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 73.

⁴⁵⁰ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

⁴⁵¹ “A expressão ‘indiciar’, surgida na prática policial, significando atribuir a alguém a condição não de simples suspeito da prática de infração penal, mas de seu provável autor” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315).

⁴⁵² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38-45.

art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações⁴⁵³.

Diante da lacuna apontada, e da sustentação da estrutura do indiciamento sobre bases normativas frágeis⁴⁵⁴, os influxos pela legalização do instituto chegaram até a Comissão de Juristas⁴⁵⁵ responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁴⁵⁶.

Não pode passar despercebido que, embora a doutrina vanguardista clamasse há anos por uma nova codificação, em sintonia com a Constituição Federal, a Comissão de Juristas teve como gatilho motivações diversas, algumas inconfessadas, como o mote punitivista externado no Requerimento n. 227, de 2008, do Senado Federal, que solicitou a formação da comissão:

Vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva penal. Em nome da segurança e previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente. A constituição, portanto, de uma Comissão de Juristas voltada para a construção desse Projeto de Código de Processo Penal mostra-se oportuna e necessária para tornar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo⁴⁵⁷.

Foi compelido pelo mesmo signo, portanto, que o anteprojeto de reforma do CPP trouxe, então, a seção IV, dedicada exclusivamente à previsão do indiciamento:

Seção IV

Do indiciamento

Art. 31. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, a autoridade policial científicará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.

§1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final da autoridade policial.

§2º A autoridade deverá colher informações sobre os antecedentes, conduta social e condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime.

⁴⁵³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

⁴⁵⁴ A crise do instituto do indiciamento, instalada a partir da crítica doutrinária, teve como efeito a tentativa de consolidação da estrutura. Em casos como este, Rui Cunha Martins assevera que a contestação “acaba por reforçar o próprio sistema” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 48).

⁴⁵⁵ Observe-se que um dos integrantes da Comissão de Juristas é um delegado de polícia.

⁴⁵⁶ Criada na forma do Requerimento n. 227, 07 de março de 2008, do Senado Federal.

⁴⁵⁷ BRASIL. Senado Federal. *Requerimento n. 227, de 07 de março de 2008*. Solicita a constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar projeto de Código de Processo Penal.

§3º O indiciado será advertido da necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado⁴⁵⁸.

O texto do anteprojeto, em 22 de abril de 2009, tornou-se o Projeto de Lei do Senado Federal n. 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, e sofreu, durante sua tramitação, algumas alterações, inclusive no presente tópico. Dentre elas, houve a substituição do termo “autoridade policial” por “delegado de polícia”, além da inclusão do parágrafo 4º, conforme se vê:

Seção IV

Do indiciamento

Art. 30. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.

§ 1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia.

§ 2º O delegado de polícia deverá colher informações sobre os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime.

§ 3º O indiciado será advertido sobre a necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado.

§ 4º Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior⁴⁵⁹.

Este tratamento dado pelo Projeto do Novo Código de Processo Penal (atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados sob o n. 8.045/2010) à imputação preliminar da persecução penal parece ser o modelo a prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a demarcar este espaço e titularidade do indiciamento na instrução preliminar criminal.

O formal indiciamento, exteriorização da autônoma imputação preliminar a cargo da autoridade policial, realidade cotidiana na fase preliminar criminal brasileira, está prestes a ganhar contornos expressos de legalidade.

Tal instituto, com momento e limites claros, é instrumento de garantia, ferramenta de informação e definição de situação jurídica, a permitir que o investigado lance mão de meios de defesa desde a fase preliminar. Sustenta-se sobre as mesmas bases de existência do

⁴⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. 133p.

⁴⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 156, de 22 de abril de 2009*. Reforma o Código de Processo Penal.

inquérito policial, e, coerentemente, deve ser proteção do indivíduo contra acusações infundadas.

Infelizmente, como visto no presente capítulo, a leitura da tratativa do indiciamento no ordenamento jurídico brasileiro sugere a subversão de sua finalidade, sendo, antes, instrumento de antecipada punição, do que mecanismo de guarida do investigado.

3.2.5.1 O indiciamento pela Comissão Parlamentar de Inquérito

Excepcionalmente, vê-se a figura do indiciamento (que é a formal exteriorização da imputação preliminar) ser manejada em instruções preliminares diversas do inquérito policial, como acontece nas Comissões Parlamentares de Inquérito.

A Lei n. 1.579/1952, que dispõe sobre as comissões, embora também não dê contornos suficientes para o formal indiciamento, traz, nos arts. 2º e 3º, o vocábulo “indiciado”, regulando a intimação e oitiva, e, entende-se, dando guarida para a interpretação dos que defendem este poder por parte das CPIs.

O STF, inclusive, já se manifestou, *en passant*, reconhecendo tal poder investigatório à CPI. É o que se depreende da leitura de trecho da decisão havida no *Habeas Corpus* n. 95.259-DF. Pela decisão, reconhece-se o poder-dever de indiciamento, apenas vedando o ato, no caso concreto, por estar presente uma prerrogativa⁴⁶⁰ advinda da função de magistrado exercida pelo investigado:

Se à CPI são atribuídos os poderes investigatórios da autoridade judiciária, é certo que a comissão parlamentar também se encontra sujeita a determinados limites constitucionais e legais, dentre os quais a observância do foro por prerrogativa de função que assiste aos magistrados, segundo a base dada pelo art. 96, III, da Constituição Federal [...]. Assim, ainda que constatada pela CPI a possível prática de ilícito penal por parte de magistrado, poderá aquela, tão-somente, encaminhar os respectivos autos ao Tribunal a que vinculado o magistrado, sendo-lhe vedado o ato formal de indiciamento, o qual é privativo do órgão competente para o julgamento [...]. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a atividade tipicamente jurisdicional do magistrado é absolutamente imune à investigação realizada pelas comissões parlamentares de inquérito⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ “Art. 33: São prerrogativas do magistrado: [...] Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação” (BRASIL. *Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, 14 mar. 1979).

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 95.259 – DF*. Julgado em 07 de jul. 2008. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão: Ministro Gilmar Mendes.

Compartilhando da mesma razão, é vedada a realização do formal indiciamento, pelas CPIs, quando se tratar de autoridade detentora de prerrogativa de função, conforme segue:

HABEAS CORPUS. ATO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO EXTINTA. PREJUDICIALIDADE DA PRESENTE AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE PODER NO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a extinção da Comissão Parlamentar de Inquérito prejudica o conhecimento do habeas corpus impetrado contra as eventuais ilegalidades de seu relatório final, notadamente por não mais existir legitimidade passiva do órgão impetrado. Precedentes. 2. O encaminhamento do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, com a qualificação das condutas imputáveis às autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, para que o Ministério Público ou as Corregedorias competentes promovam a responsabilidade civil, criminal ou administrativa, não constitui indiciamento, o que é vedado linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. 3. Habeas corpus não conhecido⁴⁶².

Cite-se, por fim, o acórdão do STF no *Habeas Corpus* n. 79.812-8-SP⁴⁶³ garantindo ao indiciado em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito o privilégio contra a autoincriminação, reconhecendo, pois, o poder de indiciamento das Comissões.

O reconhecimento da previsão do indiciamento pelas CPIs deve trazer a consequência de somente permitir a invasão excepcional de direitos fundamentais, mediante medidas cautelares e assecuratórias, quando presente a justa imputação preliminar. A lei, ao utilizar o termo “indiciado”, clama pela transparência da situação jurídica do investigado e exige, para consequências que fragilizem seu patrimônio jurídico, a *conditio sine qua non* da justa imputação.

3.2.5.2 Vedação do indiciamento e autoridade detentora de foro por prerrogativa de função

Ressalte-se que, diante de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, é vedado à autoridade policial, de ofício, proceder ao ato formal de indiciamento. Nestes casos, pela atual sistemática, não cabe à polícia a exteriorização da imputação preliminar, sem o beneplácito do tribunal competente pelo controle e supervisão das investigações.

Cabe ao relator no respectivo Tribunal exercer as funções de garantia das inviolabilidades pessoais inerentes à fase de investigação criminal, bem como ao Ministério

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.277 – MS. Tribunal Pleno. Julgado em 19 dez. 2008. Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 79.812-8 – SP. Tribunal Pleno. Julgado em 16 fev. 2001. Relator: Celso de Mello.

Público o desdobramento das investigações e o juízo sobre a conveniência, oportunidade ou a necessidade de diligências voltadas à convicção sobre a acusação⁴⁶⁴.

Nesta linha, vide decisão do STF:

Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada 'Operação Sanguessuga'. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente 'notitia criminis', diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. [...]; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado⁴⁶⁵.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve novamente a oportunidade de se manifestar sobre o tema, quando reiterou que, diante da autorização motivada do relator do inquérito no Tribunal competente, em necessária e prévia supervisão judicial dos atos inerentes à atividade investigatória, o ato do indiciamento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função é válido:

⁴⁶⁴ Neste sentido, foi o recente parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Parecer na Reclamação STF n. 23.585 - DF**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Gleisi Helena Hoffmann. 13 abr. 2016).

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito 2.411 - MT**. Tribunal Pleno. Decisão de 10 out. 2007. Rel. Min. Gilmar Mendes.

Habeas Corpus. Governador de Estado. Indiciamento. Possibilidade. Pressupostos legitimadores. Natureza jurídica. Ato estatal necessariamente fundamentado que se inclui na esfera de privativa competência do delegado de polícia (Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º). Magistério doutrinário. Jurisprudência. Investigação criminal instaurada contra pessoa detentora de prerrogativa de foro *ratione muneris*. Inexistência, mesmo em tal hipótese, de imunidade ou de obstáculo a que se efetive, legitimamente, esse ato de polícia judiciária, desde que precedido de autorização do relator do inquérito originário no tribunal competente (o STJ, no caso). Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência, na espécie, de autorização devidamente motivada do ministro relator no Superior Tribunal de Justiça, que acolheu expressa solicitação feita pela própria autoridade policial. Inexistência de situação configuradora de injusto constrangimento. Publicidade e processo judicial: fator de legitimação das decisões do poder judiciário. *Disclosure* do nome do paciente. Legitimidade. Sistema democrático e visibilidade do poder: antítese constitucional ao regime de sigilo. *Habeas corpus* que impugna decisão monocrática do relator. Necessidade de prévio esgotamento da via recursal no STJ. Ausência. Incognoscibilidade da ação de *habeas corpus*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ressalva pessoal da posição do min. Celso de Mello, favorável ao conhecimento do *writ* constitucional. Observância, no entanto, do postulado da colegialidade. *Habeas corpus* não conhecido⁴⁶⁶.

Veja-se que, como o tema ainda é indefinido e confuso em nosso ordenamento, justamente por falta de previsão legal exaustiva, a ausência de previsão de formal imputação preliminar pelo Ministério Público, em caso de impedimento pelos órgãos policiais, conforme apontado, deixa de trazer à persecução penal a proteção garantista da necessária exteriorização da imputação preliminar.

Noutro lado, observa-se aparente afronta ao sistema acusatório no ato autorizativo do indiciamento realizado pelo poder judiciário, adentrando indevidamente em aspectos pertinentes à investigação, antecipando, por óbvio, a convicção sobre a provável autoria do delito.

No mesmo contexto, em parecer na Reclamação STF n. 23.585 – DF, datado de 13 de abril de 2016, o Procurador Geral da República ponderou sobre a “irrelevância jurídica”⁴⁶⁷ do ato formal de indiciamento. No entanto, conforme foi demonstrado nesta dissertação, a imputação preliminar deve ser instrumento de garantia e possibilitar o alerta para a reação defensiva do imputado, além de ser clara a diferenciação, a partir deste momento, do tratamento jurídico dado ao suspeito.

O parecer citado, também, afirma que “o exercício dos direitos reconhecidos pela Constituição Federal e pelas leis ao investigado não dependem do indiciamento para que

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁶⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer na Reclamação STF n. 23.585 - DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Gleisi Helena Hoffmann. 13 abr. 2016.

sejam por ele exercidos”⁴⁶⁸. Entretanto, a nova situação jurídica trazida pela imputação preliminar, garantindo transparência na investigação e informação ao imputado, possibilita o exercício de direitos constitucionais, como os decorrentes do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio e não autoincriminação), dentre outros⁴⁶⁹, possivelmente negligenciados quando falseada a situação do suspeito no âmbito da instrução preliminar⁴⁷⁰.

Ademais, o conhecimento da nova condição jurídica (indiciado), com as repercussões daí decorrentes, já é motivo suficiente para justificar a transparência desta condição. Até porque, embora não se possa dizer da existência da plenitude do contraditório no inquérito policial, a faceta da *informazione*, apontada por Aroldo Plínio⁴⁷¹, encontra morada neste procedimento inquisitivo como exigência democrática.

3.2.6 Tempo e modo da imputação preliminar

O momento da imputação preliminar é de extrema relevância para o Processo Penal, sobretudo sob o ponto de vista da defesa do investigado, do exercício de direitos e garantias.

No direito comparado, a maioria dos sistemas processuais penais busca bem delinear esta “figura do imputado na fase pré-processual, principalmente em virtude da preocupação consistente em deixar bem claro o momento em que alguém passa de mero suspeito a ser considerado o provável autor do crime”⁴⁷².

É a partir deste instante que a situação jurídica do investigado se altera na persecução penal, fragilizando sua esfera de direitos fundamentais, conforme já demonstrado⁴⁷³, sobretudo seu *status libertatis*.

É corolário desta mudança significativa da situação jurídica do investigado a transparência, como garantia do indivíduo. Desta forma, tem-se como medida de resguardo a

⁴⁶⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer na Reclamação STF n. 23.585 - DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Gleisi Helena Hoffmann. 13 abr. 2016.

⁴⁶⁹ “A condição de indiciado, entretanto, dá alguns direitos, qual o de requerer diligências, para esclarecimento da verdade criminal (art. 14 do CPP), bem assim ao silêncio, quando inquirido” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 315).

⁴⁷⁰ Neste sentido, Nucci sustenta que “a autoridade policial deve ser clara ao convocar alguém a ir à delegacia para ser ouvido e indiciado, quando já sabe, de antemão, que tal conduta será adotada” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91).

⁴⁷¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 108.

⁴⁷² FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 107-108.

⁴⁷³ Vide item 3.2.1.

necessidade da exteriorização da imputação do investigado, com sua ciência imediata⁴⁷⁴, o que se daria pelo formal indiciamento. “O direito de ter ciência da imputação é pressuposto necessário do direito à reação. Não há como reagir sem conhecer”⁴⁷⁵.

Excepcionalmente, no entanto, a transparência da imputação na instrução preliminar esbarra com o obstáculo da necessidade de eficiência de medidas instrutórias, “necessidades conjunturais”⁴⁷⁶, somente realizáveis sem o conhecimento do investigado (métodos ocultos de investigação).

Mauro Fonseca Andrade relata que parte da doutrina aponta a existência do interesse público na identificação e detenção dos infratores e “[...] tais objetivos jamais seriam alcançados se os infratores fossem informados sobre a existência de uma investigação criminal em curso, ou se lhes fosse permitido nela intervir livremente [...]”⁴⁷⁷.

Scarance lembra que “o sucesso de certas diligências está exatamente na surpresa de sua realização”⁴⁷⁸.

José Frederico Marques afirma que “os atos da investigação policial podem ser secretos e inquisitivos [...]”⁴⁷⁹.

Esta etapa da persecução, com frequência, “está dotada de providências de contenção de toda espécie de intervenção do suspeito que possa criar obstáculos ao recolhimento das informações”⁴⁸⁰.

A este respeito, Geraldo Prado explica que essa exigência decorre da orientação funcional do modelo inquisitório, voltado “ao recolhimento do mais amplo conjunto de informações que estarão disponíveis para a acusação”⁴⁸¹. A adoção dessa orientação se mostra incompatível com a plenitude da participação defensiva, em igualdade de oportunidades, impossibilitando a coexistência do contraditório.

⁴⁷⁴ No entanto, na sistemática brasileira, “normalmente, o imputado só passa a ter ciência da investigação quando é interrogado a respeito do crime ou é, contra ele ou contra coisa de sua propriedade ou de seu interesse, determinada alguma medida de caráter restritivo” (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113).

⁴⁷⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

⁴⁷⁶ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁴⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161.

⁴⁷⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

⁴⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 184.

⁴⁸⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46.

⁴⁸¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46.

Para amainar tal tendência, a previsão normativa exauriente, com a compensação da ausência da ciência por parte do investigado, mediante a participação de um defensor para a crítica de necessidade e proporcionalidade do ato, seria salutar⁴⁸².

Com outro ponto de vista, Scarance afirma que “perderia, com isso, a atividade repressiva e ficaria prejudicada a rapidez das apurações e nem mesmo ganharia o indiciado”⁴⁸³. Alega também que, geralmente, não é interessante antecipar a defesa para o momento pré-processual⁴⁸⁴.

Discorda-se dessa visão esposada por Antônio Scarance Fernandes, uma vez que a contenção de imputações infundadas deve-se dar no nascedouro. Ademais, “o inquérito é um mecanismo de exercício de poder estatal, valendo-se de inúmeros instrumentos que certamente podem constranger quem não mereça ser investigado”⁴⁸⁵.

Com efeito. O fundamento de existência da instrução preliminar criminal, como filtro contra acusações infundadas, é também o fundamento necessário de seus institutos e, como tal, deve ativar neste ponto da *persecutio* sua função de obstáculo às imputações temerárias.

Como perpassado, seria de bom alvitre que o formal indiciamento fosse definido em lei, com seus contornos delineados suficientemente, afinal, as vias de controle exigem requisitos legais firmes para a parametrização⁴⁸⁶.

Scarance abona esta opinião, dizendo que “melhor seria que a imputação, com a consequente definição de imputado, fosse sempre formalizada em ato determinado, fixado por lei”⁴⁸⁷.

É de se notar, todavia, que a imputação preliminar da persecução penal não se exterioriza somente através do formal indiciamento, mas também através de atos expressos no interregno da instrução que revelem o indubitável juízo de valor sobre a atribuição de provável autoria do delito. Veja-se, por exemplo, a representação/requisição de prisão

⁴⁸² Vide item 2.2.3.1.

⁴⁸³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

⁴⁸⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

⁴⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

⁴⁸⁶ É de se ressaltar que o indiciamento “contém uma proposição, no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 313).

⁴⁸⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

temporária⁴⁸⁸, quebra de sigilo telefônico, quebra de sigilo bancários/fiscal, somente justificáveis quando ultrapassado o crivo pela imputação⁴⁸⁹.

Neste sentido, vê-se que a representação/requisição pela decretação da prisão preventiva, a teor do art. 311 do CPP (“em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”⁴⁹⁰), configura claro ato de imputação⁴⁹¹, já que seria incompatível com a restrição de liberdade⁴⁹² a inexistência de atribuição de provável autoria ao investigado submetido⁴⁹³.

Nesta esteira de raciocínio, observe-se que, antes da alteração trazida pela Lei n. 12.403/2011 ao CPP, em afronta ao sistema acusatório⁴⁹⁴, a imputação preliminar, via decretação *ex officio* de prisão preventiva durante a investigação, poderia ser efetivada pelo juízo⁴⁹⁵.

Evidencia-se que a percepção sobre a prévia imputação para a solicitação de medidas cautelares, restritivas de direitos fundamentais, é de notável importância no controle dos abusos na instrução preliminar. *Exempli gratia*, seria indevida a quebra de sigilo telefônico do indivíduo sem a elementar imputação preliminar, ainda que se alegasse necessidade para a eficiência instrutória.

Note-se que “os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana [...]”⁴⁹⁶. Embora não sejam ilimitados, já que o Estado de Direito permite,

⁴⁸⁸ Vide item 3.2.5.

⁴⁸⁹ Estas medidas indicam ao investigado que é considerado o provável autor do crime (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130).

⁴⁹⁰ BRASIL. *Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941.

⁴⁹¹ Já se defendeu, todavia, neste estudo, que o juízo de valor sobre a atribuição de provável cometimento de um crime (imputação) deveria ser delegado exclusivamente ao Ministério Público. Vide item 3.2.2.1.

⁴⁹² Talvez a mais severa restrição do sistema processual penal brasileiro.

⁴⁹³ Há quem defenda, inclusive, que, “uma vez decretada a custódia cautelar, deve o Ministério Público oferecer a denúncia [...]”. É que, tanto para a decretação da prisão preventiva como para a oferta da denúncia, se exigem os mesmos requisitos, que são a certeza da ocorrência do crime e indícios de sua autoria. Ora, se presentes os requisitos que justificaram a decretação da preventiva, eles se prestam, também, a impor a oferta de denúncia pela acusação” (BIANCHINI, Alice *et al.* *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142-143).

⁴⁹⁴ “O princípio acusatório será considerado material sempre que não houver qualquer espécie de interferência judicial na atividade acusatória” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 256).

⁴⁹⁵ Hoje, “a prisão preventiva, na fase da investigação, somente pode ser decretada a requerimento dos responsáveis pela investigação e legitimados à persecução em juízo” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 562).

⁴⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163.

excepcionalmente, a relativização dos direitos e garantias fundamentais, tal violação somente se legitima se for adequada e justificada pelo interesse público e atender ao critério da razoabilidade, ponderando a restrição imposta ao cidadão e os objetivos pretendidos⁴⁹⁷. No entanto, no âmbito da persecução penal, a restrição a direitos e garantias individuais, além dos requisitos apresentados, não pode se dar sem um juízo de probabilidade⁴⁹⁸ de autoria (imputação).

Se a medida cautelar, restritiva de direitos fundamentais, sinaliza a imputação, sem justa imputação, não pode haver medida cautelar. Neste sentido, a limitação de direitos fundamentais, a despeito da frustração dos inquisidores, estaria condicionada à respaldada imputação preliminar.

Resta dizer que a condição de investigado não pode perdurar indefinidamente. Nesta linha, aos moldes da previsão havida no Código de Processo Penal italiano (art. 405 do CPPi⁴⁹⁹), à imputação preliminar dever-se-ia seguir o início do prazo peremptório para a formal acusação, com consequência de inutilização dos atos que exorbitassem desse átimo. Mesmo porque, “a ausência da barreira cronológica fomenta o desaparecimento do Estado e o despreparo dos profissionais que lidam com a matéria [...]”⁵⁰⁰.

Choukr, dizendo sobre o indiciamento, conclui que o “seu destino parece mesmo o de servir como instrumento de mediação temporal de tal fase, na medida em que aglutina elementos de convicção sobre a autoria do delito”⁵⁰¹.

Fauzi Hassan Choukr demonstra igual opinião, afirmando que “a delimitação temporal ainda teria o condão de resgatar sistematicamente o ato de indiciamento, que seria reintroduzido de forma completamente diversa da atual [...]”⁵⁰².

Cabe ainda salientar que o ato de formal indiciamento está correlacionado à identificação do suspeito. Prevê-se tal medida para que não haja equívoco na imputação, ou seja, para que o suspeito sobre quem recai o juízo de atribuição de provável cometimento do crime seja adequadamente individualizado.

Sobre referido procedimento, Scarance esclarece:

⁴⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 169-171.

⁴⁹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

⁴⁹⁹ Vide capítulo 4.3.3.

⁵⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 138.

⁵⁰¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 153.

⁵⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 141.

O indiciamento é ligado à identificação, principalmente a datiloscópica, mas são atos distintos. Havendo indiciamento, deve-se proceder à identificação. O primeiro é ato em que se define uma determinada posição jurídica, a de indiciado, com os decorrentes direitos e deveres. A identificação serve para determinar a pessoa investigada e constitui importante meio de prova em caso de dúvida a respeito de identidade de quem é apontado como autor do crime. Como meio de prova, a identificação pode ser feita por diversas formas: pelos dados constantes da cédula de identidade, pela coleta de impressão datiloscópica, por fotografia, por perícia⁵⁰³.

Como já apontado, a Constituição Federal imunizou o civilmente identificado do constrangimento da identificação criminal (“art. 5º, inciso LVIII: o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”⁵⁰⁴).

Nilo Batista, ironicamente, ressalta que a medida de identificação datiloscópica, empregada comumente na rotina das delegacias, é vexatória: “o indiciado fica com todos os dedos das mãos sujos pela tinta empregada. [...] Não conheço um só caso no qual um solvente eficaz tenha sido oferecido para a remoção das manchas escuras, que resistem à água e ao sabão”⁵⁰⁵.

Aliás, água e sabão não são suficientes para a remoção do que Aury Lopes Júnior intitula de *degradation ceremonies*⁵⁰⁶, que são uma série de atos estigmatizantes a submeter o indiciado e despojá-lo de sua identidade. Dentre eles, além do preenchimento do boletim de vida pregressa, inclusão do nome em registros policiais, encontra-se a submissão a intimações da autoridade, a medidas cautelares, a medidas assecuratórias de bens, a realização de interrogatórios, acareações, reconhecimentos, atos de averiguação de capacidade, dentre outros⁵⁰⁷.

Por fim, é de se anotar que, com o formal indiciamento, a autoridade encarregada tipifica a conduta tida como criminosa, ainda que em “exame superficial, sustentado nos dados vindos com a notícia do crime”⁵⁰⁸. Esta qualificação pode ter importantes repercussões

⁵⁰³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127-128.

⁵⁰⁴ BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. A lei que regulamenta o dispositivo constitucional é a Lei n. 12.037/2009. Vide item 3.2.5.

⁵⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 119.

⁵⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 299.

⁵⁰⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

⁵⁰⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

e não é incomum que o investigado manifeste interesse em reagir à classificação feita pela autoridade policial, por buscar o correto enquadramento jurídico⁵⁰⁹.

Não há a submissão do Ministério Público a esta tipificação apresentada pela autoridade policial, o que pode acarretar discordância entre os dois entendimentos a respeito da figura típica⁵¹⁰.

3.2.6.1 Justa causa e motivação da imputação preliminar

Já se viu que o ato de imputação preliminar trata-se de um poder-dever conferido ao Estado inquisidor, e não de uma faculdade⁵¹¹.

Diante dessa configuração, a outorga feita à autoridade persecutória é direcionada aos interesses da coletividade e, bem por isto, dela emanam duas consequências: é irrenunciável e, presente os requisitos, deve ser obrigatoriamente exercido pelo seu titular⁵¹².

Para Mirabete, “havendo qualquer indício da autoria, deve a autoridade policial providenciar o indiciamento. [...] O indiciamento não é ato arbitrário nem discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não”⁵¹³.

Sérgio Pitombo comunga do mesmo entendimento:

O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato. O suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem de ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138-140.

⁵¹⁰ Vide item 3.2.

⁵¹¹ Di Pietro, ao discorrer sobre os poderes da Administração, é precisa ao dizer que, “embora o vocábulo ‘poder’ dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de ‘poder-dever’, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 86). O texto a seguir citado, de Ismar Estulano Garcia, demonstra como se dá o equívoco apontado por Di Pietro no trato dos atos da Administração em direito público: “a Autoridade Policial, tão logo colha indícios probatórios razoáveis, poderá proferir despacho indiciando o provável autor da infração” (GARCIA, Ismar Estulano. *Inquérito. Procedimento Policial*. 9ª ed. Goiânia: AB, 2002, p. 14). Ora, aqui se trata de poder-dever, sem margem para renúncia. Havendo indícios suficientes para a atribuição de provável autoria delitiva, o indiciamento deve se dar necessariamente.

⁵¹² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 30.

⁵¹³ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 90-91.

⁵¹⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 313-314, 1983.

Justamente por seu caráter não discricionário, a imputação preliminar, quando realizada e formalizada através do indiciamento, ou mesmo quando externada através de atos da autoridade que indiquem objetivamente o juízo de atribuição da autoria delitiva ao investigado (caso de representação por medidas cautelares, por exemplo), deve permitir, através da motivação, o confronto com as hipóteses restritas da lei⁵¹⁵, a fim de se verificar sua idoneidade.

Sérgio Pitombo, ao discorrer sobre o indiciamento, enfatiza que “o mencionado ato, que deve exsurgir por razão determinante – o encontro da autoria – ao elevar o suspeito à categoria de indiciado, necessita aflorar motivado”⁵¹⁶.

Não se esqueça de que a exteriorização da imputação, embora possua faceta proeminente de resguardo do imputado, traz, por outro lado, efetivamente, repercussões negativas ao seu patrimônio jurídico.

Bem por isto, o STF já decidiu que:

O indiciamento não pode nem deve constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito⁵¹⁷.

Assim, a motivação é característica essencial do ato de revelação da imputação preliminar, sobretudo para a verificação de sua legalidade. Afinal, “em face do agir que não se enquadra, em tese, ao modelo jurídico-penal e cuja antijuridicidade não se consegue entrever nos acontecimentos reconstruídos pela instrução, coagir por indiciamento emerge ilegal”⁵¹⁸.

Em outras palavras, é o que se extrai de decisão do STF:

Inquestionável reconhecer [...] que assume significativo relevo o indiciamento no modelo que rege, em nosso País, o sistema de investigação penal pela Polícia Judiciária, considerada a circunstância – juridicamente expressiva – de que o indiciamento, que não se reduz à condição de ato estatal meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo, a formulação, pela autoridade policial (e por esta apenas), de um juízo de valor fundado na existência

⁵¹⁵ A ausência de parâmetros legais suficientes dificulta, em prejuízo do indivíduo, esta parametrização.

⁵¹⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 316.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

⁵¹⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 314.

de elementos indiciários idôneos que deem suporte à suspeita de autoria ou de participação do agente na prática delituosa⁵¹⁹.

A análise da idônea fundamentação do ato somente é possível diante da motivação.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que “é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela extroversão da vontade”⁵²⁰.

Ademais, é a justificação do ato que garante ao indivíduo atingido por seus efeitos e à coletividade a possibilidade de controle de sua finalidade e proporção.

Retome-se que uma das garantias a definir o Devido Processo Penal é justamente a motivação dos atos decisórios penais, não podendo a decisão de exteriorização formal da imputação preliminar ser subtraída à aplicação da regra⁵²¹.

Fauzi Hassan Choukr discorre sob esta perspectiva da motivação do ato estatal:

A motivação das decisões, quer no âmbito jurisdicional, quer no administrativo, exterioriza os valores invocados pelo órgão decisório, abrindo uma dupla possibilidade de controle do ato praticado. Um deles é o exercício pelas partes interessadas, ainda no bojo da relação jurídica (processual ou de direito administrativo) e tem como decorrência fundamental a possibilidade de revisão da decisão pelo sucumbente. Uma segunda espécie é a que escapa dos limites subjetivos das partes em disputa, alcançando a coletividade como um todo. Este controle, saindo da órbita restrita da atividade processual, tende a fornecer mecanismos para que a sociedade civilmente organizada efetue um juízo crítico sobre o perfil decisório num dado momento histórico⁵²².

De se notar que, hoje, diante da ausência de limites legais suficientes para o ato da formal imputação preliminar, há margem para o descarte da garantia de motivação da decisão da autoridade inquisidora⁵²³, podendo-se afirmar, inclusive, que a motivação do ato de imputação é a garantia do investigado que se encontra em crise mais evidente⁵²⁴.

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

⁵²⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 93.

⁵²¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

⁵²² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 156.

⁵²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 157.

⁵²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 157.

Apesar da constatação de real descaso com a motivação da imputação na rotina da investigação brasileira⁵²⁵, é de se registrar que é somente a partir da fundamentação do ato que se faz possível, inclusive, o controle essencial da justa causa.

Sérgio Pitombo é enfático ao afirmar que “na motivação da ordem de indiciamento se lhe vai descobrir a causa, mostrando ou não a substancial legalidade”⁵²⁶.

A preocupação com a justa causa “funda-se na legítima necessidade de, no processo penal de matriz constitucional, evitar-se a persecução penal infundada, visto que a existência da persecução penal inegavelmente atinge a dignidade da pessoa [...]”⁵²⁷.

A justa causa vem a ser a causa legítima⁵²⁸ para a persecução penal mediante a demonstração mínima através de elementos de informação trazidos pela investigação criminal⁵²⁹.

Com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal assevera que:

O indiciamento de alguém, por suposta prática delituosa, somente se justificará, se e quando houver indícios mínimos, que, apoiados em base empírica idônea, possibilitem atribuir-se ao mero suspeito a autoria do fato criminoso⁵³⁰.

Aury Lopes Júnior afirma que “a justa causa identifica-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal)”⁵³¹, não se circunscrevendo, portanto, à análise feita quando da denúncia, e, por isto, perpassando também aos institutos da instrução preliminar.

Neste mesmo timbre, a justa causa, legitimante do poder-dever de imputação preliminar, vem a ser a existência de um conjunto consistente de indícios que racionalmente convirjam para a indicação da autoria delitiva, ainda que confrontados com teses divergentes.

⁵²⁵ A previsão constante no §6º do art. 2º da Lei 12.830/2013, a exigir fundamento ao ato de indiciamento, embora traga requisito condizente com a argumentação aqui apresentada (por não trazer peremptoriamente a ordem de invalidade do ato imotivado), não é suficiente para interferir na prática cotidiana de burla à motivação do indiciamento.

⁵²⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 316.

⁵²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 766-767.

⁵²⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 766.

⁵²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 772.

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

⁵³¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343.

Para Pacelli é clara a possibilidade do manejo da ausência de justa causa para impedir o indiciamento no curso de inquérito policial, “quando inexistentes indícios probatórios para tal valoração”⁵³².

Nestes termos, em sede de *habeas corpus*, consoante a norma do art. 648, I, do CPP, é possível atacar o ato de indiciamento por ausência de justa causa:

INQUÉRITO POLICIAL. Indiciamento. Ato penalmente relevante. Lesividade teórica. Indeferimento. Inexistência de fatos capazes de justificar o registro. Constrangimento ilegal caracterizado. Liminar confirmada. Concessão parcial de *habeas corpus* para esse fim. Precedentes. Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial⁵³³.

Guilherme de Souza Nucci adverte para o caráter excepcional da medida de deferimento do *habeas corpus*, no entanto, entende plenamente cabível quando houver ausência de justa causa a sustentar a manutenção de investigação policial contra alguém⁵³⁴.

Diante de justa causa, o STF é, deveras, restritivo na concessão do *writ*:

[...] A realização do ato de indiciamento, quando este for promovido com observância dos pressupostos essenciais à sua legitimação, notadamente com respeito às formalidades previstas em nosso ordenamento positivo (Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º), não constitui, por si só, situação configuradora de constrangimento ilegal impugnável mediante *habeas corpus* nem reveladora de comportamento policial abusivo, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial dos Tribunais (RT 562/365 – RT 590/362 – RT 603/365 – RT 649/267, v.g.)⁵³⁵.

Do exposto, conclui-se que a sustentabilidade da imputação preliminar somente se apresenta com a motivação do ato de poder-dever da autoridade, a revelar a justa causa para o juízo de valor de atribuição de provável autoria delitiva.

⁵³² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 85.541 – República Federal da Alemanha*. Segunda Turma. Julgado em 22 abr. 2008. Relator: Ministro Cezar Peluso.

⁵³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 1031.

⁵³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça.

4 O MODELO ITALIANO COMO PARÂMETRO. BREVE ESTUDO SOBRE A *INDAGINE PRELIMINARE*

4.1 O JUIZ GARANTE E O PROMOTOR INVESTIGADOR

Em substituição ao Código de Rocco de 1930⁵³⁶, o atual Código de Processo Penal italiano, com matriz garantista⁵³⁷, trouxe uma nova roupagem para a investigação criminal, desta vez, deixando-a sob a direção do Ministério Público⁵³⁸, que a executa tendo à disposição direta a polícia judiciária. É a chamada *indagine preliminare*⁵³⁹.

De início, é de se registrar que a alteração visou romper com o modelo que adotava a figura do juiz de instrução, seguindo orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁵⁴⁰, das Cortes Constitucionais Europeias (com realce para a sentença n. 145/1988, de 12 de julho de 1988 do Tribunal Constitucional Espanhol⁵⁴¹) e tratados internacionais pactuados pela Itália⁵⁴², em busca da minimização de vícios sobre a imparcialidade do juiz.

Adotou-se o sistema do promotor investigador, mais condizente com modelo acusatório de Processo Penal, afastando de vez o juiz da causa do contato pernicioso com a

⁵³⁶ Sistematizado organicamente pelo legislador fascista (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 769).

⁵³⁷ “*In questa ricerca di un maggior equilibrio tra autorità e persona, di un miglior compromesso tra le mai sopite istanze garantiste e le impellenti necessità della difesa sociale si iscrive l’orientamento della cultura, della dottrina e più in generale della società italiana, che ha condotto alla redazione del vigente codice di procedura penale*” (VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 02).

⁵³⁸ No modelo italiano, “a investigação criminal é atribuída ao Ministério Público” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 110).

⁵³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 372.

⁵⁴⁰ Destaque para as decisões nos casos Piersack, de 01 de outubro de 1982, e de Cubber, de 26 de outubro de 1984, que consagraram “o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 125).

⁵⁴¹ “*Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenções y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora*” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 145/1988, de 12 de julio de 1988*).

⁵⁴² Andrea Verger destaca a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) (VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 04-05).

condução da instrução preliminar, distorção apelidada por Ferrajoli de “*perversiones policiales de la función judicial*”⁵⁴³.

Nesta linha, a intervenção do juízo (por decisões proferidas no interstício da investigação), antes, regra de prevenção, tornou-se critério de exclusão da competência para o julgamento⁵⁴⁴.

É neste sentido que o art. 34, *comma* 2, do Código de Processo Penal italiano prevê que o juiz que exercer a função de juiz da *indagine preliminare* não pode intervir no julgamento da causa⁵⁴⁵.

Os atos praticados na instrução preliminar sequer compõem os autos do processo, sendo excluídos quando finalizada a *indagine*, justamente para não contaminarem a percepção do magistrado competente para a decisão do feito⁵⁴⁶. Scarance aponta como um dos pontos relevantes do Código de Processo Penal italiano “a previsão de que os informes indiciários colhidos na etapa pré-processual e destinados às indagações preliminares não sejam introduzidos no processo e levados a julgamento”⁵⁴⁷.

Bem por isto, aliada à nova configuração da *indagine*, veio a lume a figura do juiz das garantias das investigações preliminares (art. 328 do CPPi), “atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo”⁵⁴⁸, no controle da duração da investigação e do atendimento das garantias do investigado no incidente probatório, bem como na presidência da audiência preliminar e na decisão consecutiva⁵⁴⁹.

⁵⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 769.

⁵⁴⁴ Mauro Fonseca Andrade reforça que, “em âmbito europeu, tomou corpo o princípio do juiz que instrui não julga” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199).

⁵⁴⁵ “Art. 34. 2. *Non puo’ partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare o ha disposto il giudizio immediato o ha emesso decreto penale di condanna o ha deciso sull’impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere*” (Italia. *Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988. Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*).

⁵⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 376.

⁵⁴⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

⁵⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 374-375.

⁵⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 375.

Para Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen, o *giudice per le indagini preliminari* desempenha a função de resguardo da legalidade dos atos praticados na investigação, assegurando “o respeito aos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo”⁵⁵⁰.

O juiz garante persiste na persecução até o momento do recebimento (ou rejeição) da denúncia, quando, em caso de recebimento, encaminha o processo ao juízo competente, sem adentrar no mérito dos elementos de prova, evitando a influência sobre a convicção do juiz que atuará na fase processual.

Na instrução prévia, o sistema italiano privilegiou sobremaneira a atuação do Ministério Público, que assumiu “quase que totalmente a fase pré-processual”⁵⁵¹. Esta, por sua vez, é facultativa, uma vez que o Ministério Público pode apresentar ao juízo o pedido de arquivamento da *notitia criminis* (art. 408 do CPPi), instaurar a *indagine* (art. 326 e seguintes do CPPi), ou solicitar diretamente a instauração do rito da audiência preliminar.

Scarance conta que, “antes de formular o pedido de envio do caso a julgamento e, com isso, estimular a instauração da audiência preliminar, deve o Ministério Público ouvir o investigado, sob pena de nulidade”⁵⁵².

De fato, o art. 416 e seguintes do CPPi preveem a existência e rito da *udienza preliminare*, que oportuniza o debate anterior à decisão sobre o destino da denúncia. Esta audiência, presidida pelo *giudice per le indagini preliminari*⁵⁵³, otimiza o controle sobre as denúncias temerárias, sendo, pois, instrumento de garantia. “Sua função é possibilitar o debate contraditório antes do recebimento da ação penal, para evitar a surpresa e as acusações infundadas. Permite, inclusive, uma sumária produção de prova”⁵⁵⁴.

A configuração do Ministério Público italiano difere da estrutura adotada no Brasil, uma vez que, de acordo com o art. 107 da Constituição Italiana⁵⁵⁵, a instituição integra a magistratura, contando com as mesmas garantias orgânicas, com a diferenciação funcional,

⁵⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 375.

⁵⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 374.

⁵⁵² FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

⁵⁵³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 375.

⁵⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 377.

⁵⁵⁵ Art. 107 da Constituição italiana, *in fine*: “[...]I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario” (ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. 01 gennaio 1948).

apenas. Ao Ministério Público é afeta a função postulatória ou investigatória, e não julgadora⁵⁵⁶.

4.2 IMPUTAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INSCRIÇÃO DO NOME DO INVESTIGADO NA NOTÍCIA DE CRIME

Especificamente sobre a imputação preliminar, Fauzi Hassan Choukr conta que “a formalização da condição de suspeito e a identificação criminal decorrem de uma atitude valorativa do titular da ação penal”⁵⁵⁷. Observa, ainda, que a identificação criminal, ato genuinamente de polícia judiciária, é materialmente executada por esta, que funciona como *longa manus* do Ministério Público. “*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*”⁵⁵⁸.

O art. 349 do CPPi prevê a identificação pela *polizia giudiziaria*, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva do *indiziato* até as instalações policiais. Esta medida extrema apenas se justifica diante da recusa à apresentação de documentação idônea de identidade e de impossibilidade dos agentes em obtê-la, e por período estritamente necessário para o ato. Em caso de condução coercitiva, o Ministério Público deve ser comunicado imediatamente.

Fauzi Hassan Choukr discorre sobre a imputação preliminar, entregue ao *parquet*, no modelo italiano:

A cristalização da figura do suspeito torna-o sujeito da investigação, conferindo-lhe determinados direitos de defesa ainda na etapa investigatória. Formaliza-se com o envio da “*informazione di garanzia*” (art. 369), justamente o momento em que o membro do Ministério Público entende estarem presentes os elementos necessários para imputar a alguém a prática do delito⁵⁵⁹.

Além da delegação da imputação preliminar ao Ministério Público, a sistemática italiana exige, em tese, a ciência por parte do *indagato* de sua nova situação jurídica. Segundo Andrea Verger, extrai-se da norma do art. 111 da Constituição italiana alguns princípios,

⁵⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 373.

⁵⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 146.

⁵⁵⁸ Art. 327, *comma* 1, do Código de Processo Penal italiano (*Italia. Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988. Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*).

⁵⁵⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 146.

dentre eles o do *giusto processo*, que inclui o direito do acusado de delito à informação, de forma reservada e no menor tempo possível, sobre a natureza e a causa da acusação que pesa contra ele⁵⁶⁰, já em sede preliminar.

Como consequência da imputação, o art. 335, *comma* 1, do CPPi impõe ao Ministério Público a obrigação legal de inscrição imediata do nome do investigado a quem o crime é atribuído no registro da notícia de crime.

Com efeito. Na Itália, diante da reconhecida função endoprocessual do juízo de valor sobre a condição de *indiziato*, esta nova situação jurídica dá o *start* para a contagem do prazo para a eventual propositura da ação penal. “*Il pubblico ministero richiede il rinvio a giudizio entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale e' attribuito il reato e' iscritto nel registro delle notizie di reato*”⁵⁶¹.

A partir da imputação feita pelo Ministério Público, ainda em sede preliminar, materializada (em regra) pelo registro do nome do investigado na notícia do crime, é de seis meses (também, em regra), o prazo para a propositura da ação penal.

A condição de *indagato*, que se dá com a inscrição do nome do suspeito na notícia do crime (*iscrizione del nome dell'indagato nel registro di reato*), torna-se, portanto, fundamental para a nova conformação da investigação do modelo italiano. Tanto que se avulta, neste contexto, a inquietação quanto o impróprio retardo ou omissão desta inscrição, uma vez que é claramente prejudicial ao suspeito submetido à *indagine*.

Conforme Andrea Verger, os efeitos desta omissão ainda são discutidos na Corte de Cassação italiana, inclusive com o posicionamento de que o judiciário pode identificar o momento em que se deveria ter feito a inscrição, com consequente inutilidade dos atos que, devido à omissão, ultrapassaram o período máximo para conclusão das investigações⁵⁶² (vide art. 407, *comma* 3, do CPPi).

Noutro posicionamento, mais restritivo (porém, preponderante), apesar da previsão legislativa de inserção imediata do nome do suspeito na notícia do crime, dificuldades práticas podem impedir tal inscrição, o que não geraria nulidade. Apesar de censurável, se o retardo ou ausência da inscrição, respectivamente, não for exagerado ou decorrer de omissão justificável,

⁵⁶⁰ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 04.

⁵⁶¹ Art. 405, *comma* 1- 4, do Código de Processo Penal italiano (*Italia. Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988. Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*).

⁵⁶² VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 12-17.

a jurisprudência prevalente preserva a data em que o Ministério Público efetivamente inscreveu o nome do suspeito, a despeito da data que deveria inscrevê-la⁵⁶³.

A postura mais restritiva, ainda segundo Andrea Verger, se baseia no princípio trazido pelo art. 177 do CPPi, que prevê a nulidade dos atos processuais apenas nos casos taxativamente previstos em lei (*principio di tassatività*), não sendo o caso da não inserção do nome do investigado na notícia do crime⁵⁶⁴.

Há uma exceção à imputação preliminar feita pelo Ministério Público, constante no art. 415, *comma* 2, do CPPi, quando, no caso de prorrogação do prazo para continuidade das diligências investigativas, o juiz garante, autorizando motivadamente a dilação, pode determinar a inscrição do nome do suspeito como *indiziato*, quando “*ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato*”⁵⁶⁵.

A inscrição, excepcional e motivada, levada a cabo pelo juiz das garantias, é consonante com um dos objetivos do instituto que é iniciar a contagem do prazo razoável para a conclusão da investigação. Outro objetivo é oportunizar ao investigado a sua ciência e participação defensiva, já que o art. 61 do CPPi faculta à pessoa submetida à investigação, em tese, os mesmos direitos e garantias reservadas ao acusado (*imputato*⁵⁶⁶), com a ressalva (abstraída da leitura lógico-sistemática do Código) de que sejam compatíveis com a fase não processual⁵⁶⁷.

Nos termos do art. 347, *comma* 1, do CPPi, quando a notícia do crime chega diretamente à polícia judiciária, esta, sem demora, deve fazer um relato por escrito ao Ministério Público, com os elementos essenciais do fato e outros dados coletados, indicando as fontes de evidências e atividades realizadas. Neste caso, havendo a individualização de um suspeito pelo conjunto indiciário como responsável pelo delito, o Ministério Público deverá adotar o registro e, quando for o caso, para os atos específicos, emitir a *informazione di garanzia*, exigidos pelo art. 335, *comma* 1, e art. 369 do CPPi. No caso de prisão em

⁵⁶³ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 15.

⁵⁶⁴ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 14-15.

⁵⁶⁵ Art. 415, *comma* 2, do CPPi (Italia. *Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988*. *Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*).

⁵⁶⁶ Embora o Código italiano reserve o vocábulo “*imputato*” para o investigado que tem contra si uma acusação formal, as diferenças, neste ponto, com o Processo Penal brasileiro são apenas terminológicas. Assim, no Processo Penal italiano há a preocupação “de definir a situação jurídica da pessoa a quem é atribuído o fato durante a investigação e, depois, no momento em que o processo é instaurado [...]. Variam as denominações, mas os institutos na essência se assemelham” (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109). Na Itália, ao investigado é reservada a nomenclatura *indagato*, *indiziato*, equivalente a “indiciado”.

⁵⁶⁷ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 24-26.

flagrante, o art. 386 do CPPi obriga a incontinenti comunicação por parte da polícia judiciária ao Ministério Público.

De tudo, resta certo que a transparente definição da condição do sujeito na investigação é reconhecida como instrumento de garantia.

Acrescente-se que a inscrição do nome do suspeito como investigado na *indagine* é irrecorrível, embora haja relevantes repercussões com a nova situação jurídica. Persiste, como no Brasil, a impossibilidade de inconformismo à indicição, porém com uma maior desenvoltura por parte do defensor, conforme ver-se-à abaixo.

4.3 DIREITOS DO *INDIZIATO* E PARTICIPAÇÃO DO DEFENSOR

Enquanto, “no direito brasileiro, poucas são as disposições tendentes a proporcionar reação defensiva ao indiciado [...]”⁵⁶⁸, a leitura do regramento italiano evidencia a preocupação, ainda na fase preliminar, com a participação efetiva do defensor do *indagato* (art. 369 do CPPi), oportunizando a apresentação de pedidos, declarações (art. 367 do CPPi), nomeação de assessoria técnica (art. 360 do CPPi), assistência nos interrogatórios (art. 370 do CPPi), dentre outros direitos.

Importante previsão no Código de Processo Penal italiano vem exposta no art. 61, que prevê que os direitos e garantias do acusado “*si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari*”⁵⁶⁹.

Scarance chega a dizer que, em decorrência desta previsão legal de tratamento isonômico, a distinção entre *indiziato* e *imputato*⁵⁷⁰ perderia relevância⁵⁷¹, o que não é exato. Como se verá, a extensão das garantias ao *indiziato* é limitada à compatibilidade destas com a natureza inquisitiva da *indagine*, limitando-as, portanto.

O realce dado à atividade defensiva demonstra a ciência sobre as repercussões da imputação preliminar, já que esta transpõe a esfera do domínio público, entendido como conhecimento do fato pelo Estado, passando a ter interesse jurídico penal⁵⁷².

⁵⁶⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

⁵⁶⁹ Art. 61 do CPPi (*Italia. Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988. Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*).

⁵⁷⁰ Equivalentes a indiciado e acusado.

⁵⁷¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

⁵⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

A necessária percepção crítica sobre os elementos colhidos na investigação impele o *parquet*, inclusive, à “produção dos meios de prova que eventualmente sirvam para a defesa daquele que poderá vir a ser réu na futura ação penal”⁵⁷³, bem como permite investigações por parte da defesa, com nomeação de peritos, oitiva de testemunhas, requisições de documentos aos órgãos públicos, acesso a locais de interesse, dentre outras diligências potencialmente defensivas (art. 391 e seguintes do CPPi).

Registre-se que a *investigazione difensiva* compõe o Título VI *bis*, com inserção legislativa vigente a partir de 18 de janeiro de 2001, dentro do livro que trata sobre a *indagine e udienza preliminare*, não se restringindo, numa primeira leitura, ao incidente probatório. Porém, é de se notar que a atual sistemática italiana não reconhece o direito de defesa em todas as medidas procedimentais da investigação⁵⁷⁴, senão nos atos que possam ter seus efeitos estendidos até o processo. Diz-se que as atividades relevantes, exclusivamente, ao fim da imputação não se opõem o problema da participação defensiva⁵⁷⁵.

Ora, existem atos relevantes somente à consecução da imputação? Os atos que podem levar à imputação não são efetivamente os atos que mais importam à defesa?

Embora a participação do imputado e de seu defensor possa, quando permitida, antecipar o campo da dialética, a *indagine* persiste gerando meros atos de investigação⁵⁷⁶, evidências (e não provas), “úteis à determinação do fato e autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal”⁵⁷⁷. Abre-se a exceção, com linhas semelhantes ao ordenamento pátrio, no caso do incidente probatório, quando há atos irrepetíveis ou que possuam risco de perecimento e que, por isto, ainda no curso da *indagine*, precisam ser realizados. Pela rotina traçada a partir do art. 392 do CPPi, tanto o Ministério Público quanto a defesa podem provocar o incidente probatório, que, regularmente efetuado, com antecipação do contraditório⁵⁷⁸, poderá ser transportado até a fase processual.

⁵⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46. A possível investigação do Ministério Público a favor do *indiziato*, prevista no art. 358 do CPPi, tem a finalidade de evitar a instauração de um processo supérfluo (VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 211-212).

⁵⁷⁴ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 46.

⁵⁷⁵ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 47.

⁵⁷⁶ Segundo Scarance, na Itália, “o fato de haver participação da defesa em diversos atos do inquérito não altera a natureza do ato realizado, sendo regra só considerar prova o material que se recolhe no contraditório das partes perante o juiz” (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123).

⁵⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378.

⁵⁷⁸ Nas palavras de Andrea Verger: “Ora, poiché l’esercizio del diritto al contraddittorio, nonché del diritto alla prova, presuppone le forme e le garanzie del dibattimento, l’indagato no può avervi diritto, se non nel caso eccezionale in cui, nel corso delle indagini, si proceda ad una pre-acquisizione della prova, con le forme del dibattimento, mediante il ricorso, per ragioni di cautela, all’incidente probatorio (cd. anticipazione del

A fim de se ter efetiva aplicação da extensão de direitos e garantias prevista no art. 61 do CPPi, é necessária uma leitura condizente com o objetivo do legislador italiano, que não se prenda ao estrito momento da formalização do ato da imputação preliminar (inscrição do nome do investigado na notícia de crime).

É dizer, a extensão dos direitos e garantias (consentâneas ao *imputato*) à pessoa submetida à investigação não se circunscreve àquela que tenha esta situação formalizada pelo Ministério Público, através do cumprimento do mandamento do art. 335, *comma* 1, do CPPi.

Para a corrente vanguardista, basta um dado objetivo da investigação demonstrando a direção da *indagine* sobre uma determinada pessoa para que esta tenha a seu favor os direitos e garantias previstas no regramento processual, desde que compatíveis com sua condição de investigado. A mera conjectura ou hipótese não tem este condão, mas atos específicos que atestem a direção da linha investigativa sobre determinada pessoa, garantem este direito⁵⁷⁹.

Noutro giro, é de se dizer também que, embora o Código Italiano permita uma leitura alargada dos direitos do *indiziato*, com previsões legislativas inovadoras, a efetividade de tais conquistas tem enfrentado resistência, uma vez que o enfrentamento entre o garantismo e a eficiência instrutória, também na Itália, muitas vezes, tem-se resolvido em favor desta.

Norberto Bobbio, em prólogo à obra-prima do mestre italiano Luigi Ferrajoli, assevera que “*la batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, una batalla de minorías*”⁵⁸⁰.

Neste sentido, o discurso retórico favorável à limitação prática de direitos do investigado traz na base de sua argumentação exemplos de difícil solução num ambiente plenamente garantista - “uma quadratura do círculo”⁵⁸¹, como a incompatibilidade entre o direito à informação (do investigado a respeito do inquérito) e a adoção de medidas ocultas de investigação.

Diante da dificuldade em ponderar interesses tão antagônicos, pende-se para o campo do sacrifício de garantias, permitindo-se a utilização abrangente da exceção em prejuízo do

contradditorio)” (VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 210).

⁵⁷⁹ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 08-09.

⁵⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011, p. 15.

⁵⁸¹ Zaffaroni aborda a questão do confinamento cautelar como “um problema sem solução, uma quadratura do círculo”, justamente por colocar em xeque princípios garantistas, como a presunção de inocência. Tal glosa parece se estender a outras medidas cautelares (ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113-114).

indivíduo submetido ao procedimento investigatório. Sem dúvida, o manejo instrutório sem a ciência do indiciado (do seu defensor ou de quem lhe faça as vezes para contraditar) é tarefa confortável para os agentes inquisidores.

Neste sentido é a posição de Andrea Verger, ao afirmar que é impossível a conciliação entre uma eficiente investigação (que conta com o elemento surpresa) e a plena informação do investigado, concluindo que “*il diritto ad essere informato circa l'esistenza delle indagini a suo carico né tantomeno circa la natura della notizia di reato a lui attribuita [...] è alla stregua di questo garantito in modo assoluto solo a seguito della formulazione dell'imputazione*”⁵⁸². Ou seja, o autor engrossa o coro dos que acreditam ser o direito à informação cabível de modo absoluto apenas após a acusação, imunizando a instrução preliminar da intrangigência de princípios garantistas.

A limitação de direitos essenciais durante a fase inicial da *persecutio*, como no caso da restrição ao direito à informação (às vezes camuflada no retardo ou omissão do registro do nome do investigado na notícia de crime, como apontado), parece seguir a tendência de fragilizar o indivíduo já na instrução preliminar e dar robustez ao sistema penal cautelar, e não vem acompanhada de mecanismos/soluções jurídicas que minimizem o vício.

4.3.1 *Informazione di garanzia*

O atual escopo da informação de garantia (*informazione di garanzia*), que não se confunde com o amplo direito à informação sobre a *indagine*, é oportunizar ao indiciado a nomeação de um defensor de sua confiança para um ato específico. Deve conter a indicação da norma legal violada pelo *indiziato*, além da data e lugar do fato criminoso.

Scarance lembra que o intento da informação de garantia, na redação original do Código italiano, com vigência a partir de 24 de outubro de 1989, era amplo e se destinava a, iniciada a investigação, dar ciência da imputação ao *indiziato*.

Em virtude da publicidade dada pela imprensa à informação de garantia, tratando-a como forte sinal de ser a pessoa notificada “a autora do crime, em fatos que envolviam pessoas do meio financeiro e político, alterou-se o Código para que só fosse dada a informação quando devesse ser realizado ato em que se exigisse a presença do defensor”⁵⁸³.

⁵⁸² VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 60-61.

⁵⁸³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113-114.

Assim, a indispensabilidade da *informazione di garanzia* passou a se restringir aos atos de investigação nos quais há o direito do defensor do investigado à assistência, ou seja, nos atos tecnicamente não repetíveis e nos específicos atos elencados pelo CPPi, como é o caso do interrogatório (art. 364 do CPPi).

Acrescente-se que, embora o Código italiano preveja expressamente importante mecanismo de garantia à pessoa sujeita à investigação, o entendimento, corroborado pela jurisprudência, é de que tal informação não é obrigatória nos casos em que os atos requeiram surpresa, limitando também por esta via o instituto⁵⁸⁴.

Aqui, constata-se que a boa intenção do legislador faliu diante da tradição processual italiana e da alegada eficiência instrutória, uma vez que, já podada pela inovação legislativa trazida pela Lei n. 332, de 08 de agosto de 1995⁵⁸⁵, a *informazione di garanzia* tem sua aplicação cotidiana diminuída, por um lado, e, por outro, persiste com o desvirtuamento da indevida publicidade da imputação, muitas vezes transformando-se num instrumento antecipado de condenação, trazendo, pois, mais danos que vantagens⁵⁸⁶. De fato, a alteração legislativa não conseguiu impedir a abusiva publicidade e limitou importante instrumento de garantia à informação.

4.3.2 Interrogatório

O interrogatório em fase de *indagine*, nos termos do art. 64 e 65 do CPPi, é ato a ser presidido pelo Ministério Público, com possibilidade de delegação à polícia judiciária (art. 370, *comma* 1, do CPPi). A delegação somente é permitida no caso em que o investigado esteja em liberdade.

Em caso de *indiziato* submetido à prisão cautelar, o interrogatório do Ministério Público não pode anteceder a audiência de convalidação do arresto a ser realizada pelo *giudice per le indagini preliminari*⁵⁸⁷. A subversão da ordem acarreta nulidade do ato.

Embora o interrogatório esteja afeto ao Ministério Público (que pode ser delegado em caso de investigado solto), à polícia judiciária é consentido coletar sumárias informações do investigado em estado de liberdade, oportunizando a presença de um defensor (art. 350, *comma* 1, do CPPi); sumárias informações, logo após o fato criminoso, com o investigado

⁵⁸⁴ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 65-69.

⁵⁸⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114.

⁵⁸⁶ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 69.

⁵⁸⁷ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 78-79.

preso em flagrante, ainda que sem a presença de um defensor, com fito a tão somente verificar a pertinência da prisão e instauração da *indagine*, sendo vedada a documentação e utilização para instrução do procedimento (art. 350, *comma* 5, do CPPi); assim como registrar as declarações espontaneamente fornecidas pelo *indagato*, ainda que sem a presença do defensor (art. 370, *comma* 1 e *comma* 5, do CPPi)⁵⁸⁸. Neste último caso, as declarações se circunscrevem a corroborar indícios do crime, possibilitando lastro e estímulo às investigações, não sendo necessária a documentação integral do ato⁵⁸⁹.

Há uma margem considerável de atuação das polícias no modelo italiano. Frise-se que o novo Código não proíbe que a polícia judiciária aja por iniciativa própria, recolhendo elementos úteis à reconstrução do fato e individualização da conduta, e, posteriormente, transmita-os ao Ministério Público. No entanto, a partir da intervenção do *parquet*, é vedado à polícia agir em contraste com suas diretivas, sendo obrigada a cumprir os atos delegados⁵⁹⁰.

Ao interrogado está reservado o direito ao silêncio (ou garantia contra a autoincriminação), à assistência de defensor de sua confiança, à intimação prévia para o interrogatório, à informação sobre a imputação que lhe é feita, ao tratamento digno e livre de técnicas que o coajam física ou psiquicamente, bem como o direito de resguardo de sua imagem⁵⁹¹.

Para Andrea Verger, da disciplina normativa italiana extrai-se que o interrogatório não é unicamente um instrumento de defesa, possuindo uma multiplicidade de funções investigativas e defensivas⁵⁹².

4.3.3 Prazo para o fim da *indagine*

Por fim, importante observar que o Código italiano prevê o prazo máximo de 18 meses para a conclusão das investigações, salvo casos excepcionalíssimos – crimes de especial gravidade ou que requeiram investigações particularmente complexas (quando chega a 02 anos), com a severa consequência de inutilização das mesmas, caso ultrapassado o prazo fatal (pena de *inutilizzabilità*) – art. 407, *comma* 3, do CPPi.

Por sua vez, como já assinalado, a imputação feita ao suspeito pelo Ministério Público, ainda na *indagine preliminare*, condiciona e inicia a contagem do prazo de seis meses, em

⁵⁸⁸ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 89.

⁵⁸⁹ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 97.

⁵⁹⁰ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 90.

⁵⁹¹ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 82-87.

⁵⁹² VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 79.

regra, para que o caso vá a julgamento, conforme art. 405 do Código de Processo Penal italiano, sendo, portanto, importante marco da persecução penal.

Segundo Fauzi Hassan Choukr, a adoção de um tempo máximo para a duração do inquérito é uma manifestação da tendência atual⁵⁹³, observada no direito comparado, condizente com o princípio da duração razoável do processo. Nesta linha, Andrea Verger ressalta a importância da tutela do direito do indiciado a uma rápida definição da posição do procedimento (“*garanzia dei tempi del procedimento*”)⁵⁹⁴.

⁵⁹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

⁵⁹⁴ VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: CEDAM, 2001, p. 12.

CONCLUSÕES

Diante da pesquisa realizada, chegam-se às seguintes conclusões:

1. É necessária a leitura e definição da imputação preliminar sob o ângulo paradigmático do Processo Penal Constitucional, com a consequente estabilização da imputação prévia como instrumento de salvaguarda do indivíduo no âmbito da fase inquisitiva da persecução penal. Tal qual o inquérito policial, que se fundamenta e exige a função de filtro contra acusações infundadas, a razão basilar da imputação preliminar reside em seus misteres de contenção a imotivadas invasões no patrimônio jurídico do suspeito e de transparência na situação jurídica do indivíduo submetido à persecução.

2. A partir da constatação de que a imputação preliminar traz repercussões verificáveis e significativamente danosas ao indivíduo submetido à investigação, fragilizando sua esfera de direitos individuais, inclusive com possíveis restrições severas e irreversíveis, conclui-se que seu perfazimento unilateral, sem possibilidade efetiva de apresentação de crítica razoável, inquina sua legitimidade democrática.

3. A conformação constitucional da imputação preliminar exige uma via possível de discussão de sua justa causa. Neste aspecto, a propósito de possível dificuldade na implementação de medidas que minimizem a distorção sistêmica, a eficiência instrutória não pode ser aposta à exigência de efetividade de direitos e garantias fundamentais.

4. A imputação preliminar se baseia na verdade trazida pela reconstrução do fato delituoso através da coleta de evidências. Diferentemente da prova, as evidências se sustentam sem a via da contradição efetiva e plena, e, por isto, devem ser vistas com elevada reserva. No entanto, no sistema de Processo Penal brasileiro, tais evidências, muitas vezes, coletadas sob o sigilo, mediadas pelo exagerado formalismo do inquérito (e, portanto, com previsível dissociação entre os significados e significantes), com alargada margem discricionária para construção da narrativa da persecução, influenciam irremediavelmente a *opinio delicti* do Ministério Público, bem como as decisões judiciais da fase processual.

5. Por não haver, no sistema pátrio, ao molde do modelo italiano, o juiz de garantias (com função definida de resguardo da legalidade dos atos praticados na investigação, em busca do respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito, com a prevenção como critério de exclusão de competência), a verdade da imputação preliminar, frágil, evidente, tem suas repercussões potencializadas, de forma indevida, sem um dique a conter tal equívoco.

6. A concessão de medidas cautelares e assecuratórias na fase de instrução preliminar, alicerçadas na verdade construída em evidências, sem a possibilidade de crítica razoável, é insustentável sob a análise do garantismo penal, sobretudo diante da exigência de busca da maximização do saber e minimização do poder.

7. Ainda quando justificada a surpresa na execução da medida cautelar, em sede de instrução preliminar, é possível concluir que se faz necessária a previsão normativa do direito a um defensor, exclusivamente para o ato, a fim de contradizer os motivos ensejadores da medida, de forma a questionar efetivamente seu cabimento. A presença da tríade membro do Ministério Público, autoridade policial e juiz competente é insuficiente para o efetivo questionamento dialético da necessidade e proporcionalidade da medida.

8. A previsão do art. 261 do CPP (“nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”) parece trazer, substantivamente, a norma de que a ausência do imputado não é motivo suficiente para a ausência de defesa técnica. Há, portanto, o imperativo da aplicabilidade da indisponibilidade do direito de defesa.

9. Vê-se que a representação/requerimento de medidas cautelares demonstra, objetivamente, o juízo de valor de atribuição de provável autoria delitiva ao sujeito que se quer submetido à restrição judicial de direitos fundamentais. Ainda que a imputação preliminar não seja formalmente exteriorizada, o que se dá pelo indiciamento, é presente o ato objetivo que demonstra esta imputação, inclusive com a motivação para a consecução da medida. Noutra prisma, por razoável lógica, somente se admite a concessão de medidas cautelares e assecuratórias quando presente a imputação preliminar, circunscritas ao sujeito imputado e ao objeto da instrução preliminar.

10. Não se admitem, no Estado de Direito, violações aos direitos fundamentais que não sejam adequadas e necessárias, perfazendo a verificação da imputação preliminar etapa anterior indispensável à exceção de liberdades públicas.

11. A imputação preliminar, juízo de valor sobre atribuição de conduta delitiva a um suspeito, situada na fase inquisitiva da persecução, é atribuída, no sistema brasileiro de Processo Penal, em regra, aos órgãos de polícia. Apesar dos insuficientes contornos normativos da forma e momento de exteriorização desta imputação, através do ato de indiciamento, restrito quase exclusivamente ao instrumento do inquérito policial, a imputação preliminar é presente nos atos objetivos da autoridade inquisidora que denotem o juízo de valor sobre atribuição de provável autoria delitiva.

12. A identificação do momento correto da imputação preliminar é relevante, uma vez que a transparente definição da condição do sujeito na investigação é instrumento de garantia.

13. A imputação preliminar deve ser vista como poder-dever da autoridade responsável, sem margem para discricionariedade. Neste ponto, a motivação do ato é essencial para o controle de sua regularidade, de forma a demonstrar categoricamente a existência de justa causa para a valoração.

14. No Brasil, os órgãos de polícia, historicamente ligados à função prioritária de preservação da ordem pública, dissociados da defesa das liberdades e da realização democrática, vinculados ao poder executivo e, por isto, sujeitos à indevida manipulação por interesses políticos, sem abertura constitucional para autonomia orgânica, não apresentam legitimidade para deter a delegação de imputação preliminar autônoma. No entanto, verifica-se disciplina normativa ascendente no sentido de perpetuar o poder-dever de imputação nas mãos de autoridades policiais, bem como de alargar os efeitos da imputação preliminar na esfera de direitos do indivíduo.

15. A potencialização dos efeitos da imputação preliminar, em prejuízo do investigado, parte do pressuposto contrário à sua função de marco e garantia, agregando repercussões negativas ao indivíduo, como se antecipatórias da pena.

16. O procedimento administrativo do inquérito policial não se resolve no âmbito da administração e não possui como objetivo a produção de um ato administrativo final. Seu encerramento está condicionado à deliberação do juízo e é procedimento administrativo essencialmente voltado à verificação de justa causa para a ação penal.

17. Verifica-se que, no inquérito policial, não há espaço para o contraditório, uma vez que o atributo da plenitude da participação defensiva é incompatível com a orientação funcional do modelo inquisitório. A regularidade de seu perfazimento conta com o controle do Ministério Público e melhor andaria o sistema se, como no caso italiano, à polícia não fosse permitida a contradição às diretivas apontadas pelo *Parquet*.

18. A possibilidade de antagonismo entre a imputação preliminar levada a cabo pela autoridade policial e a *opinio delicti* do Ministério Público é prejudicial ao sujeito submetido ao procedimento de investigação e contribui para a percepção social de insegurança e incoerência nos rumos de condução da persecução penal.

19. O Ministério Público, legítimo titular da *opinio delicti*, com expressa vocação institucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), previsão de controle da atuação e deveres funcionais de seus membros

por um órgão externo, com formação heterogênea (Conselho Nacional do Ministério Público), detém requisitos suficientes e indicativos de melhor adequação constitucional para a titularidade da delegação do poder-dever de imputação preliminar.

20. O modelo processual penal italiano da *indagine preliminare* traz satisfatória disciplina normativa acerca da instrução e imputação preliminar, apesar da existência de recentes inflexões punitivistas, objetivando diminuir as conquistas de garantia (previstas no Código vigente) do indivíduo submetido à investigação.

21. Os direitos do *indiziato* possuem previsão ampliada, se comparada à sistemática brasileira: previsão da extensão dos direitos do acusado à pessoa submetida à instrução preliminar, limitada à compatibilidade destes com a natureza inquisitiva da *indagine*; direito à investigação defensiva, nos atos que possam ter seus efeitos estendidos até o processo; indispensabilidade da *informazione di garanzia* (ciência ao *indiziato* da imputação preliminar, com informações minimamente indispensáveis à defesa, de forma reservada e no menor tempo possível), restrita aos atos de investigação tecnicamente não repetíveis e especificamente elencados pelo Código de Processo Penal italiano.

22. Na Itália, a imputação preliminar é delegada ao Ministério Público e deve, em regra, ser formalizada através do registro da inscrição do nome do investigado na notícia do crime. Não se admite o retardo ou omissão desta inscrição, por prejudicial ao suspeito submetido à *indagine*. Nestes casos, o judiciário pode identificar o momento em que se deveria ter-se realizado a inscrição, inutilizando os atos que, pela omissão, ultrapassaram o período máximo para conclusão das investigações. Porém, verifica-se que a jurisprudência italiana tem flexibilizado tal exigência de formalização, quando o atraso no registro não se apresentar exagerado ou decorrer de omissão justificável.

23. Pelo exposto, entende-se que o sistema italiano possa servir como arquétipo para a construção de um novo modelo nacional de instrução preliminar.

24. Por fim, também com parâmetro no modelo italiano de Processo Penal, percebe-se que a imputação preliminar pode ser importante marco para a delimitação do tempo de duração razoável da investigação, condicionando e iniciando a contagem do prazo para que haja manifestação do Ministério Público quanto à denúncia ou arquivamento do inquérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; COSTA, Arthur Trindade; RATTON, José Luiz; VARGAS, Joana Domingues; MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAYLEY, David H. *Padrões de Policiamento. Uma Análise Internacional Comparativa*. Tradução de René Alexandre Belmonte. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Edições de Ouro.

BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: EDUSC, 2008.

BIANCHINI, Alice *et al.* *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

BRANCO, Rilke Rithcliff Pierre. *Justiça policial. A constitucionalização do indiciamento ante os direitos fundamentais e o processo administrativo policial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.209/2001, de 12 de março de 2001*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26559>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.419, de 01 de abril de 2012*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=47454>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8001, de 07 de outubro de 2014*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, substitui o termo indiciado por investigado e revoga o § 6º do artigo 2º da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622798>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. *Decreto n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal brasileiro. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941.** Publicada no Diário Oficial da União, de 13 out. 1941. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcppp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. **Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952.** Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Diário Oficial da União, de 21 mar. 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1579.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. **Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, 15 dez. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Diário Oficial da União, 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 02 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 29 mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012.** Altera a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da União, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Diário Oficial da União, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Diário Oficial da União, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. *Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. Minas Gerais. *Lei n. 15.302, de 10 de agosto de 2004*. Institui a carreira de agente de segurança socioeducativo do grupo de atividades de defesa social do Poder Executivo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=15302&comp=&ano=2004&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. *Instrução Normativa n. 11, de 27 de junho de 2001*. Publicada no Boletim de Serviço n. 129 do Departamento de Polícia Federal. Disponível em: <http://gceap.prsc.mpf.mp.br/conteudo/arquivos/in_11_dpf.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer na Reclamação STF n. 23.585 – DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Gleisi Helena Hoffmann. 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/parecer-na-reclamacao-23585>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Polícia Civil. *Relatório do Inquérito Policial n. 94/2013/150501 – Santa Maria/RS*. 22 mar. 2013. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Polícia Civil. *Relatório do Inquérito Policial n. 001/2013/3ª DPR – Santa Maria/RS*. 17 jul. 2014. Disponível em: <http://www.policiacivil.rs.gov.br/upload/20140718162221relatorio_ip_01_de_2013_licenciamento_da_boate_kiss_final.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Senado Federal. Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. *Emenda n. 78 apresentada em turno suplementar*. Senador Antônio Carlos Valadares. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=84031&tp=1>>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 156, de 22 de abril de 2009**. Reforma o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Senado Federal. **Requerimento n. 227, de 07 de março de 2008**. Solicita a constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/03/2008&paginaDireta=04852>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 84.142 - SP**. Julgado em 28 abr. 2008. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701269456&dt_publicacao=28/04/2008>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ**. Julgado em 28 mai. 2013. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614 - PR**. Entrada no STF em 21 nov. 2005. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3614&processo=3614>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.911 - DF**. Entrada no STF em 21 fev. 2013. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4911&processo=4911>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.043 - DF**. Entrada no STF em 12 set. 2013. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5043&processo=5043>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.059 - DF**. Entrada no STF em 18 out. 2013. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5059&processo=5059>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 388 - DF**. Entrada no STF em 03 mar. 2016. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4939089>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 58.143 – SP*. Segunda Turma. Julgado em 24 out. 1980. Relator: Ministro Décio Miranda. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97720>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 79.812-8 – SP*. Tribunal Pleno. Julgado em 16 fev. 2001. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 85.541 – República Federal da Alemanha*. Segunda Turma. Julgado em 22 abr. 2008. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28inqu%E9rito+2041%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kkjr385>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 95.277 – MS*. Tribunal Pleno. Julgado em 19 dez. 2008. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576881>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 115.015 – SP*. Segunda Turma. Julgado em 27 ago. 2013. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=115015&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292 – SP*. Tribunal Pleno. Julgado em 17 fev. 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 95.259 – DF*. Julgado em 07 de jul. 2008. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2628571>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 133.835 – DF*. Julgada em 18 abr. 2016. Decisão do relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Fernando

Damata Pimentel. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira. Coator: relator do Inquérito 1059/DF do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC133835.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Inquérito 2.411 - MT*. Tribunal Pleno. Decisão de 10 out. 2007. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523213>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727 – MG*. Tribunal Pleno. Julgado em 14 mai. 2015. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 702.617 – AM*. Julgado em 28 ago. 2012. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325157/recurso-extraordinario-re-702617-am-stf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *Habeas Corpus n. 20090020005556HBC - DF*. 1ª Turma Criminal. Julgado em 16 abr. 2009. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.1:acordao:2009-04-16;352158>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Estado de Direito na América Latina: Relatório Brasileiro*. In: AMBOS, K.; COLOMER, J.L.G; VOGLER, Richard (org.). *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*. Bogotá: Gustavo Ibáñez / Instituto Max-Planck, 2003. Disponível em: <<http://cedpal.uni-goettingen.de/data/investigacion/grupales/Antiguos/PoliciaKaiAmbos.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

COTTA, Francis Albert. *Matrizes do Sistema Policial Brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012.

CUNHA, Raquel Basílio. *A relação significativa e significado em Saussure*. ReVEL. Edição especial n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/files/artigos/revel_esp_2_a_relacao_significante_e_significado_em_saussure.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CRUSOÉ JÚNIOR, Nilson Carvalho. *Estado e polícia política: vigilância e criminalização no Brasil (1933-1944)*. 2014. 290 f. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal da Bahia. Faculdade de História, Salvador/BA. Disponível em: <<http://www.ppgh.ufba.br/wp-content/uploads/2015/11/Estado-e-Pol%C3%ADcia-Pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

DEMOS, Moira; RICCIARDI, Laura (Direção e produção). *Making a murderer*. Estados Unidos: Synthesis Films e Netflix, 2015. 10 episódios (60 min).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 145/1988, de 12 de julio de 1988*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/1086>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo, EDUSP, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Flávio Faria. *Culpabilidade e seletividade do poder punitivo*. 2012. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito, Belo Horizonte/MG.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____, Michel. *Os anormais*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martinsfontes, 2013.

FRANCE. *Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire, an 4. 25 octobre 1795. Contenant les lois relatives à l'instruction des affaires criminelles*. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_1.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

FREUD, Sigmund. *Lembranças encobridoras (1898)*. In: Primeiras Publicações Psicanalíticas. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud. v. 3. Rio de Janeiro: Imago, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GARCIA, Ismar Estulano. *Inquérito. Procedimento Policial*. 9ª ed. Goiânia: AB, 2002.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. *Garantias constitucionais do indiciado no inquérito policial: controvérsias históricas e contemporâneas*. 2006. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais) – Faculdades Integradas de Vitória. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075236.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. *Coleta de perfil genético e sociedade de controle*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3928, 3 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27357>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

GUIN, Ursula K. Le. *The Ones Who Walked Away from Omelas*. In: *The Wind's Twelve Quarters*. USA: Harper & Row, 1975. Disponível em: <<http://sites.asiasociety.org/asia21summit/wp-content/uploads/2011/02/3.-Le-Guin-Ursula-The-Ones-Who-Walk-Away-From-Omelas.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36. Disponível em: <http://www.juareztaavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf>. Acesso em 28 jan. 2016.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana. 01 gennaio 1948*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. *Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, 22 settembre 1988. Approvazione del codice di procedura penale. Entrata in vigore del decreto: 24/10/1989*. Disponível em: Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. *Deus e Estado*. In: *Contra o Absoluto. Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 37-53.

_____, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAMMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum. O Martelo das Feiticeiras*. 8. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LEMINSKI, Paulo. *Distraídos venceremos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, [tradução das teses] Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

MACHADO, Francisco Nogueira; PINTO, Felipe Martins; SOUSA, Marllon (Org.). *Processo Penal Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MÁRQUEZ, Gabriel García. *A terceira renúncia*. In: *Olhos de Cão Azul*. 4. ed. Tradução de Remy Gorga Filho. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 2, p. 177-192, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/46>. Acesso em: 16 mai. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral. Uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O indiciamento como ato da Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 577, ano 72, p. 313-316, 1983.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, Graciliano. *Memórias do Cárcere*. 44. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748 – 1764)*. 306 f. Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-26022008-132352/publico/DISSERTACAO_PATRICIA_FERREIRA_SANTOS.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SAUSSURE, Ferdinand de. BOUQUET, Simon; ENGLER, Rudolf (Orgs. e Eds.). *Escritos de Linguística Geral*. 12. ed. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lucia Franco. São Paulo: Cultrix, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHWAB, Mariana de Castro. *Os intelectuais no Estado Novo (1937 - 1945). A trajetória de Paulo Figueiredo e as revistas Cultura Política e Oeste*. 2010. 120 f. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Goiás. Faculdade de História, Goiânia/GO. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/Disserta___o_Mariana_de_Castro_Schwab.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

SHAKESPEARE, William. *Othello. The moor of Venice*. Minnesota: EMC/Paradigm Publishing, 2005. Disponível em: <<http://www.emcp.com/previews/AccessEditions/ACCESS%20EDITIONS/Othello.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

United Nations. Human Rights Council. Fourteenth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. **Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions.** May 28, 2010. ALSTON, Philip. Disponível em: <http://gceap.prsc.mpf.mp.br/conteudo/arquivos/relatorio_ONU.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini.* Padova: CEDAM, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal.* Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIMBARDO, Philip. *O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más.* Tradução de Tiago Novaes Lima. Rio de Janeiro: Record, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *et al. Reforma do Judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.