



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

**TRIDIMENSIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO
POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: A Investigação Policial Sistêmica Como
Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais**

Humberto de Mattos Brandão

Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais

Área de especialização em Criminologia e Investigação Criminal

Orientação científica:

Prof. Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Estabelecimento de Ensino

Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCPSI

AGRADECIMENTOS

Com o espírito jubiloso concluo esta pesquisa científica, fruto da concretização de um sonho que se tornou realidade através do concurso de pessoas e instituições, às quais rendo os meus sinceros agradecimentos.

O Departamento de Polícia Federal, orientado pelo seu ideal de formação e especialização de profissionais de segurança pública para o exercício de suas atribuições constitucionais com excelência na defesa da sociedade, franqueou-me a oportunidade singular de participar do programa de Mestrado em Ciências Policiais, na especialidade de Criminologia e Investigação Criminal, promovido pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI, da Polícia de Segurança Pública de Portugal.

O Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI e a Polícia de Segurança Pública de Portugal, através de um acordo internacional de cooperação institucional académica com a Academia Nacional de Polícia, propiciaram o acesso a conhecimentos científicos do mais alto grau, por meio de ciclos de estudos conducentes que se consubstanciaram em exposições didáticas, pesquisas e seminários. Além disso, proporcionaram-se uma acolhida fraterna que fortaleceu o meu espírito dando-me condições de levar adiante este importante projeto de qualificação profissional, a despeito dos reveses decorrentes da distância de casa e da ausência dos meus familiares.

Quero gravar com tinta perene a minha gratidão a seres humanos tão especiais como foram os Delegados Dr. Eliomar da Silva Pereira e Dr. Bruno Ribeiro Castro, amigos que compartilharam comigo o conhecimento e as experiências pessoais, dedicando-me paciência, ouvidos e o seu precioso tempo, tesouros que o ladrão não rouba e a ferrugem não corrói.

Assinalo, também, o meu reconhecimento ao corpo docente e administrativo do ISCPSI. O profissionalismo destas pessoas não lhes subtrai o

carisma, o afeto e o altruísmo. Ofertaram-me informações, dados e, especialmente, calor humano. Não pediram algo em troca.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, cuja didática dos grandes mestres conduziu-me naturalmente para uma visão jurídica de mundo mais humanista. Arrastado pela força de um exemplo, compreendi que o fenômeno criminal pode ser observado sob as lentes do garantismo e da defesa e garantia da dignidade da pessoa humana, sem, contudo, se apartar das expectativas sociais em relação à segurança pública.

Finalmente, o sentimento de gratidão não pode deixar de contemplar a minha fiel amiga e esposa Poliana. Reconhecer a importância de projetos arrojados como este e, sobretudo, incentivar uma empreitada desta natureza, à custa de tantos gravames pessoais, são atitudes que verdadeiramente distinguem as pessoas com nobreza de alma.

RESUMO

O objeto desta pesquisa está centrado no exame dos múltiplos enfoques sobre o controle da criminalidade no âmbito da investigação policial, tendo como baliza uma teoria tridimensional. A análise do papel da investigação policial no Estado Democrático de Direito, à luz da teoria tridimensional, aborda três perspectivas fundamentais, conforme o ponto de vista de cada um dos atores que protagonizam o fenômeno criminal (sociedade, investigado e Estado). O estudo tridimensional da investigação policial permite ao pesquisador identificar a função ideal do Estado Democrático de Direito diante dos conflitos decorrentes da colisão de forças diretivas opostas que são as aspirações da sociedade e do investigado. Além disso, possibilita a construção de um modelo de investigação policial voltado para solução dos conflitos através da promoção dos direitos humanos.

ABSTRACT

The aim of this research is the examination of the multiple focuses on the criminality control in the scope of the police investigation, underpinned by a tridimensional theory. The analysis of the police investigation role in the Democratic State of Law is approached under three fundamental perspectives, according to the point of view of each of the actors who star the criminal phenomenal: society, investigated and State. The tridimensional study on the police investigation allows the researcher to identify the ideal function of the Democratic State of Law, when facing the conflicts resulted from the collision of directive forces that are the aspirations of the society and the investigated. Furthermore, it allows the development of a police investigation model regarding the solution of the conflicts through the exaltation of human rights.

Sumário

RESUMO.....	3
1. INTRODUÇÃO	7
2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DESENVOLVIDA PELA POLÍCIA – NOÇÕES GERAIS.....	10
2.1. A Função de Investigação da Polícia	11
2.1.1. Função de Proteção dos Bens Jurídicos.....	12
2.1.2. Função de Garantia	13
2.1.3. Função de Instrumento de Controle Social	15
2.1.4. Função de Manutenção da Segurança Pública.....	15
3. INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DA SOCIEDADE	17
3.1. O Contexto da Sociedade Pós-Moderna	21
3.2. A Investigação Policial Como Instrumento do Direito Penal do Inimigo na Sociedade de Insegurança	25
3.3. Características da Investigação Policial no Direito Penal do Inimigo	28
3.3.1. Supressão dos Direitos e Garantias Fundamentais	28
3.3.2. Transferência das Funções Judiciais para as Polícias.....	31
3.3.3. Investigação Voltada para o Autor e não para o Fato	33
3.3.4. Vulgarização de Medidas Cautelares.....	34
3.4. Crítica à Estratégia de Repressão Como Intimidação	36
4. INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DO INDIVÍDUO	39
4.1. Humanização da Investigação.....	42
4.2. Os Direitos e Liberdades Pessoais Como Vetores da Investigação Policial	43
4.3. A Investigação Policial Sob a Perspectiva do <i>Status de Jellinek</i>	45
4.4. Direitos Fundamentais e a Inquisitorialidade da Investigação Policial	49

4.5.	A Presunção de Inocência Como Critério Modulador da Investigação Policial	50
5.	INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DO ESTADO	52
5.1.	O Princípio Democrático	53
5.2.	Investigação Policial Democrática	55
5.3.	Natureza Jurídica da Investigação Policial	57
5.4.	Investigação Policial Sistêmica.....	65
5.4.1.	A Investigação Policial Sistêmica Como Elemento Integrante da Política Criminal	69
5.4.2.	Características da Investigação Sistêmica	71
5.4.3.	Princípios Regentes da Investigação Policial Sistêmica	78
6.	CONCLUSÃO	85
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

1. INTRODUÇÃO

Esperamos que o presente estudo contribua para a abertura do sistema jurídico-policial e para o seu progresso no Estado democrático de direito, porquanto a investigação criminal é, sem dúvida, um dos principais vetores de consolidação da democracia por ser uma das bases essenciais da justiça criminal.

Estar consciente de que modelo de investigação policial melhor se conforma com as necessidades de um Estado Democrático de Direito significa analisar de forma multifocada a matiz da temática, considerando os seus variados aspectos objetivos e subjetivos e recorrendo às relações interdisciplinares que tangenciam a matéria, de modo a transpor os limites do Processo Penal e do Direito Penal, para alcançar importantes fundamentos de sociologia, de criminologia e de política criminal.

Em que pese a inquestionável importância da investigação policial para a persecução criminal e, da mesma forma, para a garantia da manutenção da ordem pública, o seu estudo se limita a um reduzido e modesto espaço dentro do processo penal sob uma concepção oblíqua de repressão criminal.

A investigação policial é, sem dúvida, um dos mais abastados e importantes temas do Processo Penal moderno, com incontáveis e relevantes contribuições na consolidação do Estado Democrático de Direito e dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Não obstante, essa importante matéria, de certa forma, tem sido olvidada pela doutrina, não havendo esforços acadêmicos relevantes nesta seara de conhecimento.

A pesquisa em causa propõe uma releitura do papel da investigação policial dentro do sistema jurídico constitucional-penal, promovendo uma ruptura com a visão clássica do Direito Penal punitivo que limita a função da investigação à descoberta da autoria e da materialidade do delito.

A neocriminalidade desafia o Estado e o seu enfrentamento requer novas dinâmicas dos instrumentos de persecução e controle. Não é admissível que os órgãos policiais estejam imersos nesta realidade pós-moderna, mas ainda fundamentados em princípios e doutrinas do século XVIII e XIX.

O escopo fundamental do presente trabalho está direcionado ao estudo da multifacetada visão de persecução e controle da criminalidade no âmbito da investigação policial, tendo por baliza uma teoria tridimensional consoante os atores que protagonizam o fenômeno criminal: sociedade, ser humano e Estado.

O tema também será exposto a uma dialética prevenção criminal *versus* repressão criminal dentro de um contexto social pós-moderno em que a neocriminalidade se agiganta expondo as fragilidades do Estado que, por seu turno, se mostra incapaz de promover a ordem pública e estabilizar as convulsões sociais. Os direitos fundamentais e a segurança pública são igualmente confrontados neste campo de batalha teórica e prática. A função da investigação policial neste cenário assume importância singular, na medida em que materializa o poder do Estado e afeta diretamente os direitos e liberdades fundamentais, pessoais, sociais, culturais e econômicos.

A investigação policial, decerto, é um instrumento a serviço do Estado no controle social e, por conseguinte, se sujeita à dicotomia de forças diretivas antagônicas que colidem incessantemente, revelando a ambiguidade da persecução criminal. Quanto mais intensamente a investigação se dedica à busca da autoria e materialidade do delito (*princípio instrumental punitivo*), mais se afasta da garantia dos direitos fundamentais (*princípio instrumental garantista*). Outrossim, quanto mais devotada à preservação dos direitos fundamentais, mais complexa e intrincada se torna a coleta e a produção de provas relativamente à existência do fato delituoso e de sua autoria¹, tendo em vista a deficitária formação acadêmica e técnica-jurídica dos integrantes dos órgãos do sistema criminal.

¹ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*. Niteroi/RJ, Impetus, 2008, p. 42.

As abundantes e complexas questões suscitadas impõem uma análise crítica que não pode fugir ao enfrentamento do tema sob três perspectivas fundamentais, as quais evocam uma pesquisa sob a orientação de uma teoria tridimensional, conforme o ponto de vista em que o assunto é abordado: a) *sociedade*; b) *ser humano*; e c) *Estado*.

A perspectiva tridimensional é imprescindível para o estudo da investigação policial como mecanismo de prevenção e controle do fenômeno criminal. Se por um lado a sociedade tem as suas aspirações de fruir de um ambiente comunitário em que as regras sejam respeitadas em nome da ordem e da segurança públicas, mesmo que a custa de derrogações de direitos e garantias individuais, por outro lado, o investigado, como pessoa humana, é sujeito de direitos e, como tal, deve ser tratado pelo Estado em toda a *persecutio criminis*.

Neste conflito aparente de aspirações, cumpre ao Estado o papel de estabilizador dos conflitos, balizando suas ações nos parâmetros estabelecidos pelo discurso dicotômico *sociedade versus investigado*.

Estribados nos princípios e normas aplicáveis à investigação policial, buscaremos um ponto de equilíbrio entre a preservação das condições de ordem e segurança públicas e os direitos e liberdades dos cidadãos, dentro da perspectiva tridimensional que leva em consideração os papéis da sociedade, do investigado e do Estado. A tarefa de contextualizar a investigação policial num espectro tridimensional do controle da criminalidade no Estado Democrático de Direito encerra uma análise profunda dos fundamentos e princípios da atuação da Polícia Investigativa, das normas processuais e constitucionais vigentes e da função da investigação dentro de uma visão de *ciência global do Direito Penal*.

2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DESENVOLVIDA PELA POLÍCIA – NOÇÕES GERAIS

Investigação é “o ato ou efeito de investigar”, significando “procurar metódica e conscientemente descobrir (algo), através de exame e observação minuciosos; pesquisar”².

A partir de uma concepção ampla do termo, é possível afirmar que a investigação (*lato sensu*) não é monopólio do Estado, podendo ser levada a efeito por qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pública ou privada. No entanto, há investigações (*stricto sensu*) típicas do Estado que são identificadas através princípios e regras processuais pelas quais são regidas, como é o caso dos procedimentos administrativos que apuram faltas disciplinares de servidores públicos e das investigações criminais propriamente ditas com sua nota característica de coercibilidade³.

A investigação policial é uma fase preliminar ou preparatória da persecução criminal e pode ser definida como uma pesquisa histórica, realizada por um órgão policial, direcionada à busca da máxima reconstrução da verdade de um fato penalmente relevante. Esta busca da verdade fática através da investigação policial encontra seus limites e parâmetros no Processo Penal e na Constituição Federal. Significa dizer que a investigação policial almeja uma verdade que deve ser validada juridicamente, não podendo ser obtida a qualquer custo, estando subordinada à estrita observância dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

No passado, a investigação promovida pelo Estado tinha por objeto o homem e a verdade perseguida era a verdade real, cujo caráter absoluto legitimava todas as formas de tortura e meios de obtenção de prova⁴.

² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 1644.

³ AAVV. *Caderno Didático de Metodologia da Investigação Criminal. Unidade I. A Investigação Criminal. Academia Nacional de Polícia, p. 4.*

⁴ Sobre o assunto veja VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra. Almedina. 2012, p. 354/355.

Hodiernamente, sob a perspectiva do Direito Penal do ser humano, a investigação policial deve ser encarada como um instrumento estatal de solução de conflitos. São os meios e não os fins, que justificam a investigação policial⁵. Neste sentido, Eliomar Pereira afirma que o escopo da investigação é a solução de problemas por meios menos gravosos a direitos fundamentais e o caminho para maior eficácia da investigação nas sociedades políticas que têm a forma de Estado de direito é “o aumento do saber com cada vez menor restrição de direitos”⁶.

A pós-modernidade sacramenta a democratização do Direito Penal e do Processo Penal fazendo emergir novas concepções e finalidades dos instrumentos de controle estatal. A investigação policial passa a concretizar o dever de proteção estatal aos direitos e garantias individuais ao mesmo tempo em que limita o poder punitivo do Estado, estribada na observância estrita do princípio da legalidade e orientada pelo primado da dignidade da pessoa humana⁷.

2.1. A Função de Investigação da Polícia

A simbiose entre a investigação policial e o Direito Penal é de inquestionável tenacidade, haja vista a conexão existente entre Direito Penal e Direito Processual Penal, os quais cunham uma relação de substantivo para adjetivo, de fundo para forma, mantendo ambos uma vinculação estreita. Se por um lado, sem a intervenção do processo penal “o Direito Penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente,”⁸ por outro lado, o Processo Penal, sozinho, é

⁵ É de se notar que a lógica inversa (os fins justificam os meios) imperava nos Estados absolutistas. Neste sentido, Nicolau Maquiavel, pai da ciência política moderna afirmava que “... nas ações de todos os homens, e principalmente dos príncipes, contra quem não existe nenhum tipo de apelação, basta aguardar o resultado final. O príncipe deve, então, procurar vencer e manter o Estado, pois os meios serão sempre julgados honrados e louvados por todos...”. In MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo. Jardins dos Livros. 2015, p. 155.

⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação, Verdade e Justiça. A Investigação Criminal Como Ciência na Lógica do Estado de Direito*. Porto Alegre, Nuria Fabris, 2014, p. 16.

⁷ O estudo da investigação policial é aprofundado no tópico sobre a Dimensão do Estado.

⁸ BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Barcelona. Labor, 1943, p. 2

órfão, um navio à deriva. Por tais razões, é correto aduzir que as funções da investigação policial acabam se confundido com as do Direito Penal.

Em uma abordagem clássica e restritiva, podemos afirmar que a investigação policial tem a finalidade apenas apurar a existência de uma infração penal e a respectiva autoria, bem como fornecer elementos de convicção para o titular da ação penal formar a sua *opinio delicti*⁹. Esta visão é, sem dúvida, limitada, porquanto restringe a importância deste relevante instrumento de controle social que potencialmente transcende a perspectiva puramente repressiva.

Uma releitura constitucional das finalidades da investigação policial impõe a inexorável aproximação do Direito Penal e a conseqüente expansão de suas funções. A investigação policial como tópico proeminente do processo penal não pode ter suas finalidades reduzidas a uma estrutura funcional meramente reativa, de Direito Penal e Direito Processual punitivos. A constitucionalização do Direito leva-nos a redimensionar a aplicabilidade do Processo Penal para um novo patamar como estatuto dotado de valores e princípios, muito além de um modelo utilitarista¹⁰, desprovido de intenções ideológicas.

É nesta perspectiva constitucional que elencaremos as derradeiras funções da investigação policial:

2.1.1. Função de Proteção dos Bens Jurídicos

Bens jurídicos são todos os dados considerados como pressupostos de um convívio pacífico e harmônico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade. São valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis

⁹ Neste sentido, consulte CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 70.

¹⁰ Sobre o modelo utilitário de constituição, consulte LOEWENSTEIN, Kart. *Teoria de La constitucionalización*. Barcelona. Ariel. 1976, p. 211.

à satisfação do indivíduo ou da sociedade. O Direito Penal deve resguardar e proteger esses dados.

Bem jurídico pode ser definido como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹¹.

Note-se que não são quaisquer bens jurídicos que merecem a tutela subsidiária ou de *ultima ratio* do Direito Penal (e do Processo Penal), mas sim aqueles bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídicos-penais), cuja lesão se revela digna e merecedora de pena. Bens jurídicos nos quais, afinal, se concretiza a noção sociológica fluida da danosidade ou da ofensividade sociais.¹²

O Processo Penal e, por conseguinte, a investigação policial, aplica o Direito Penal na defesa dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Objetivando coibir e reprimir condutas que venham lesar ou causar perigo de lesão aos bens jurídicos mais importantes, a lei se utiliza de rígidas formas de reação levadas a efeito pelo Direito Penal e pelo Processo Penal. Assim, quando se deflagra uma investigação policial para apurar, por exemplo, um crime de homicídio, o Estado está adotando medida reativa que revela nítida preocupação com a proteção do bem jurídico “vida humana”.

2.1.2. Função de Garantia

A investigação policial tem função de garantia aos cidadãos contra ingerências abusivas do Estado. Isto porque a investigação policial está indissociavelmente subordinada ao princípio da legalidade. Não se admite em um Estado democrático de direito qualquer ato investigativo do Estado que não

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra. Editora Coimbra. 2007, p. 114.

¹² *Idem*.

tenha previsão legal. Trata-se de um fundamento político que exige a vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário a leis em sentido material, impedindo o poder punitivo com base no livre arbítrio. Esta função de garantia da investigação policial deve ser afiançada pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, a quem compete o dever de fiscalização e controle de legalidade dos atos investigativos.

A polícia no campo da investigação criminal deve agir com estrita observância dos ditames legais, estando sua atuação integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, ao império da lei. Aqui repousa o fundamento do Estado de direito¹³.

A garantia do cidadão advém do fato de o direito impor limites e regras para a investigação policial. A busca da verdade através da investigação obedece a um conjunto de regras previamente estabelecido e totalmente subordinado ao primado da dignidade da pessoa humana, de tal modo que a sua inobservância pode macular irremediavelmente a coleta de provas. Manuel da Costa Andrade, citando Grünwad, afirma que, “em termos metafóricos: o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da persecução criminal”¹⁴.

Como consectário lógico, surge uma série de proibições no campo processual penal para a atuação investigativa do Estado, sendo a Polícia o destinatário imediato de tais proibições, pois é ela a face mais visível do poder estatal. Por conseguinte, o direito do cidadão não se limita à garantia de ser investigado pela polícia de acordo com as regras processuais pertinentes. Há, também, que se respeitar um rígido sistema de proibição de provas ilícitas. Desta forma, a investigação policial jamais poderá se estribar em escutas clandestinas, em confissões obtidas por meio de tortura, em violações de domicílio etc.

¹³ Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o princípio da legalidade é o postulado de todos os Estados de Direito, consistindo, a rigor, no cerne da própria qualificação destes (o Estado é dito “de Direito” porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico. *In: Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo. Método. 2012, p. 191.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Provas em Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora. 2013, p. 35.

2.1.3. Função de Instrumento de Controle Social

Toda sociedade necessita de mecanismos disciplinares a fim de garantir a paz social, isto é, a convivência harmônica e pacífica entre seus membros. Estes mecanismos, denominados instrumentos de controle social, têm por escopo assegurar a conformidade dos objetivos eleitos no plano social, promovendo a submissão dos cidadãos aos modelos e normas de convivência social.

A investigação policial faz parte da aparelhagem política do Estado reconhecida como instrumento formal de controle social e que visa à imposição de sanções negativas e positivas especificadas no processo de socialização, impelindo os indivíduos à adesão dos padrões ou modelos normativos.

A investigação policial como parte da aparelhagem do Estado possui uma faixa específica de ação, intervindo apenas nos fatos sociais mais relevantes para o convívio social e, inexoravelmente, subordinada às limitações impostas pelo princípio da legalidade, repudiando-se qualquer espécie de arbitrariedade.

2.1.4. Função de Manutenção da Segurança Pública

António Francisco de Sousa apresenta em sua obra a seguinte conceituação de segurança pública:

Um estado que possibilita (viabiliza) o livre exercício dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição e na lei. A segurança é, simultaneamente, um bem individual e colectivo, tal como a sociedade pertence a todos e a cada um¹⁵.

José Afonso da Silva, por seu turno, define segurança pública como:

Situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades em perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.¹⁶

¹⁵ SOUSA, António Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 122, abr./jul. 1998, p. 658.

Ainda consoante o magistério de José Afonso, na teoria jurídica, o vocábulo “segurança” assume sentido genérico de garantia, proteção, estabilidade (de situação ou de pessoa) nos mais diversos campos, sendo certo que a sua acepção irá variar de acordo com o adjetivo que o qualifica. Assim, temos as expressões “segurança jurídica” (garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos), “segurança social” (meios que garantam aos indivíduos condições sociais dignas), segurança nacional (condições de defesa do Estado) e segurança pública.¹⁷

A Constituição Federal, em seu art. 144, *caput*, apresenta uma fórmula genérica e vaga ao dispor que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Dessume-se do dispositivo constitucional transcrito que a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio nutrem uma relação pragmática com a segurança pública, transpondo uma noção limitada de prevenção, repressão e controle criminal para abarcar, igualmente, orientação e socorro à população, ou, ainda, prevenção de riscos às pessoas e ao patrimônio em casos de desastres, catástrofes e acidentes¹⁸.

A prevenção de perigos para a segurança pública é, sem dúvida, uma das funções mais destacadas de qualquer Polícia. No que diz respeito à atividade da Polícia Investigativa, cujos atos são materializados em uma investigação policial, não há exceção a esta regra, uma vez que a segurança, para além de um fundamento da atuação das forças policiais, se constitui também em um direito garantia.

¹⁷ *Idem*, p. 657.

¹⁸ A previsão dos corpos de bombeiros como órgão que exerce a segurança pública revela esta intenção do legislador constituinte. Neste sentido, vide FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*. Niterói/RJ, Impetus, 2008, p. 50.

Há que se destacar, todavia, que a investigação policial com suas medidas interventivas nos direitos fundamentais não deve subjugar os demais direitos do indivíduo em nome da segurança pública. Deve, sim, justificar-se teleológica e constitucionalmente, ponderando e equilibrando os meios investigativos disponíveis e o valor dos bens jurídicos tutelados pela investigação. Sendo assim, seria inadmissível, por exemplo, uma investigação policial fundamentar-se na medida cautelar de prisão preventiva ao se apurar um crime de ameaça (art. 147, do Código Penal), cuja pena é de um a seis meses de detenção, ou multa, por manifesta desproporcionalidade entre a medida cautelar levada a efeito no âmbito da investigação e o bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

3. INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DA SOCIEDADE

A vida em sociedade é um imperativo da condição humana, uma vez que o homem carece do concurso de seus semelhantes para a satisfação das necessidades básicas e para garantir a evolução da própria espécie. A cooperação deliberada é o traço característico da sociedade humana.

A submissão às normas sociais é um resultado da socialização. As normas sociais carregam consigo sanções que promovem a sua observância ao mesmo tempo em que garantem a adesão do grupo ao comando normativo. Em outras palavras, as normas sociais através da sua força cogente e sancionadora têm por escopo garantir o convívio harmônico e pacífico entre os integrantes do grupo, galgando uma relativa estabilidade social propulsora da manutenção e do progresso da comunidade¹⁹.

Becker afirma que as regras sociais definem as situações e os tipos de comportamento apropriados para o grupo, especificando algumas ações como

¹⁹ Neste sentido, Jean Jacques Rousseau adverte que os membros da sociedade celebram um pacto social, cuja finalidade é a conservação dos contratantes. Este pacto, como qualquer outro, estabelece direitos e deveres aos contratantes. Quem quer os fins quer também os meios, assumindo os riscos e perdas a eles inerentes. Dessa forma, aquele que quer preservar a vida às custas dos outros, também deverá cedê-la quando se fizer necessário. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo. Penguin Companhia. 2014, P. 86.

"certo" e outras como "errado", estando, portanto, proibidas. O indivíduo que supostamente infringe uma regra aplicada pode ser considerado como um tipo especial de pessoa na qual não se pode confiar para viver em consonância com as regras acordadas pelo grupo. Para Becker, esta pessoa é considerada um *outsider*²⁰.

A forma como a sociedade reage àquele que transgride suas normas varia de acordo com o ser humano, o tempo e o lugar, mas, frequentemente na história da humanidade o desviado ou transgressor sempre acaba sendo estigmatizado, classificado como um diferente, um desagregador ou mesmo um inimigo. Existe um consenso, entretanto, no sentido de que nenhuma sociedade pode ser dividida entre aqueles que se desviam das normas e aqueles outros que se conformam com elas. A maioria das pessoas, em algum momento, transgredirá uma regra²¹. Jogar lixo na rua, perturbar o sossego alheio abusando de instrumentos sonoros, conduzir veículo automotor com velocidade acima da permitida ou conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool são alguns exemplos de transgressões habitualmente praticadas por muitas pessoas.

A partir desta observação, poderíamos então concluir que somos todos criminosos? A resposta é um tanto intangível, mas existe uma tendência em atribuir aos outros comportamentos socialmente reprovados ou censurar mais agudamente as transgressões praticadas por outrem. *Criminoso, eu? Nunca! Os outros sim.*

Ao contrário das sociedades aristocráticas que enxergam como seus semelhantes apenas os integrantes de sua casta, nas sociedades democráticas os membros do grupo enxergam (ou deveriam enxergar) como seu semelhante qualquer ser humano²². De acordo com determinadas condições, circunstâncias e, sobretudo, com o nível de amadurecimento da consciência democrática da

²⁰ BECKER, Howard S. *Outsiders: Studies In The Sociology Of Deviance*. New York. The Free Press. 1998. p. 9.

²¹ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre. Penso. 2012, p. 664/665

²² LEGROS, Robert. *O Advento da Democracia*. Lisboa. Instituto PIAGET. 1999, p. 07.

sociedade, o que se vê, no entanto, é que a reprovação das transgressões praticadas por um membro de determinado grupo social acaba fazendo jus a uma maior tolerância por parte de seus pares. Afinal, os *iguais* merecem especial consideração notadamente diante inquestionável seletividade do poder punitivo estatal. Os verdadeiros transgressores, autores dos delitos mais abjetos são os *estranhos* ou os *inimigos* e, portanto, são os autênticos destinatários do poder punitivo.

A sociedade experimenta sentimentos ambivalentes em relação ao crime, ora identificando-se com a vítima, ora com o criminoso. Do ponto de vista da identidade com a vítima, a punição do delinquente representa a manifestação dos instintos de violência da própria sociedade. Já do ponto de vista da identidade com o criminoso, a punição equivale a uma expiação dos sentimentos coletivos de culpa.

A despeito de tudo que foi dito, a transgressão de regras de comportamento aceitas é um fato natural. Neste diapasão, Emile Durkheim considerava o crime e o desvio como fatos sociais, elementos inevitáveis e necessários das sociedades modernas²³. Não significa, obviamente, que por serem fatos normais, o crime e o desvio sejam um bem em si mesmos. André Kuhn e Cândido da Agra lembram que as desordens físicas, mentais e sociais habitam a normalidade, malgrado a doença seja um mal. De outra banda, a transgressão das normas não representa necessariamente um mal em si, podendo revelar-se um bem quando as normas servem à injustiça e violam os direitos humanos²⁴.

²³ Para Durkheim, não há “um fenômeno que apresente de maneira tão irrefutável como a criminalidade todos os sintomas da normalidade, dado que surge como estreitamente ligada às condições da vida coletiva. Transformar o crime numa doença social seria o mesmo que admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva em certos casos da constituição fundamental do ser vivo; consistiria em eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico”. In: DURKHEIM, É. *As Regras do Método*. São Paulo. Martin Claret. 2011, pág. 82

²⁴ Acrescentam os referidos autores que o crime, por ser normal, não é necessariamente um bem. O normal não coincide com o bem. Não se deve alimentar a utopia de uma sociedade sem crime, mas envidar esforços para reduzi-lo até àquele mínimo abaixo do qual nossas sociedades deixariam de ser o que são, ou deveriam ser: democráticas e de mulheres e homens livres. Afinal, donde nos veio a liberdade e a democracia senão da luta daqueles que ousaram transgredir as normas repressivas dos regimes totalitários? AGRA, Cândido da; KUHN, André. *Somos todos criminosos?* Alfragide. Casa das Letras, 2010, p. 22.

Com efeito, a abordagem sociológica do crime proporciona uma interpretação deste fenômeno bastante distinta da que é idealizada pela sociedade em geral, a qual tende a conceber a criminalidade como uma das ameaças mais contumazes ao que se considera o padrão de normalidade de funcionamento da sociedade.

A sociedade tem uma compreensão limitada do crime, uma vez que a visão do criminoso é frequentemente associada às suas características individuais, sem, no entanto, relacioná-lo à coletividade na qual está inserido²⁵. Mas o crime pode ser considerado um fenômeno normal e funcional em razão de sua *universalidade*, pois trata-se de um fenômeno recorrente em todas as sociedades. Ademais, o crime tem o seu viés utilitário em relação ao meio social, na medida em que fomenta a evolução da moral e do próprio direito, consubstanciando-se em um agente de mudança moral. Ora, o crime desafia a ordem moral vigente e a moral, dinâmica por sua própria natureza, vai se moldando a novas formas através das mudanças. À guisa de exemplo, basta lembrar que os insurgentes da Revolução Francesa foram considerados criminosos no início do movimento. E o que dizer daqueles que desafiaram a Igreja contestando o modelo cosmológico geocêntrico?

A investigação policial, como não poderia deixar de ser, recebe os influxos e ideais da sociedade na qual está inserida, podendo apresentar-se como um instrumento de opressão e cerceamento de direitos ou como um garante da liberdade do indivíduo. Quanto mais democrática a sociedade, maior é o fundamento garantista da investigação policial²⁶.

²⁵ Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade asseveram que os códigos de comunicação no processo criminal seguem privilegiadamente os modelos dos adultos da classe média, a incidência de criminalização recairá, provavelmente, sobre jovens e membros das classes inferiores. *In: Criminologia. O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra. Coimbra Editora. 2013, p. 385.

²⁶ Segundo Germano Marques da Silva, "A qualidade de qualquer democracia é tributária da qualidade da sua polícia". *Ética Policial e Sociedade Democrática*. Lisboa. ISCPSI. 2001, p. 20.

3.1. O Contexto da Sociedade Pós-Moderna

Vivemos em um mundo de perspectivas futuras extraordinárias, mas intensamente inquietante, marcado por transformações aceleradas, conflitos profundos, tensões e divisões sociais, além de uma crescente preocupação com o impacto destrutivo das sociedades humanas sobre o ambiente natural²⁷.

A modernidade traz consigo a ampliação dos riscos, com ameaças à natureza, à saúde, à alimentação etc. e os riscos da modernização possuem uma tendência imanente à globalização²⁸.

Como bem observa Bauman²⁹,

Num planeta negativamente globalizado, todos os principais problemas – os metaproblemas que condicionam o enfrentamento de todos os outros – são *globais* e, sendo assim, não admitem soluções locais. Não há e nem pode haver soluções locais para problemas originados e reforçados globalmente.

As novas demandas da sociedade pós-industrial ou pós-moderna decorrentes das implicações subjacentes à globalização, aos interesses difusos e coletivos e à virtualização das relações sociais produzem contingências complexas para o Estado nas mais diversas áreas. O poder se expandiu e a ameaça de uma ditadura global é uma realidade. A intimidade agora cede às inovações tecnológicas e não existe forma de limitar o avanço deste poder ameaçador. A concentração do capital e a busca crescente de maiores lucros ou rendimentos também não encontra limites físicos, éticos ou jurídicos.

A sociedade pós-moderna vive um cenário assinalado pela redução dos espaços geográficos, pela inovação dos meios tecnológicos de informação e comunicação, pela conexão global dos mercados financeiros e aumento do

²⁷ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre. Penso. 2012, p. 18.

²⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a Uma Outra Modernidade*. São Paulo. Editora 34. 2016, p.43.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro. Zahar. 2007, p. 31.

poder econômico de empresas transnacionais. O capital internacional movimenta-se livremente no mercado mundial. A alta volatilidade do sistema financeiro internacional é incrementada pelo anonimato característico das operações realizadas através do espaço virtual. Paraísos fiscais, *offshore company*³⁰, *payable-through accounts*³¹ são apenas uma pequena referência de mecanismos do mercado que expõem a risco a economia mundial ao mesmo tempo em que otimizam os processos de lavagem de dinheiro e de desvio de recursos públicos e privados. A Internet dinamizou todos estes fatores criando um cenário deveras estimulante para a criminalidade, a qual se apresenta cada vez mais organizada, planejada e fundamentada em bases econômico-financeiras.

Pelo seu potencial de lesividade a bens jurídicos penalmente tutelados, bem como pela capacidade de manejo de todas as facilidades inerentes ao processo de globalização e inovação tecnológica, o crime organizado apresenta-se como um dos principais tormentos para as sociedades pós-modernas. Mas o crime organizado não é o único problema. Embora não se trate de um fenômeno novo, o terrorismo pode ser considerado como a ação criminosa mais temida pelas sociedades pós-modernas, um dos maiores flagelos da comunidade internacional, mormente após os atentados de 11 de setembro. E tal ameaça se torna ainda mais potencial quando considerados os incrementos advindos do mundo globalizado descrito alhures. Obviamente que as organizações terroristas se valem nas suas empreitadas das facilidades decorrentes do processo de globalização, da dinâmica do mercado financeiro internacional, da revolução tecnológica e da supressão de fronteiras e otimização das comunicações, bem como do intenso fluxo de dados através do espaço cibernético.

³⁰ “Empresa criada em um paraíso fiscal, de forma apenas cartorial, ou seja, ela está registrada em um país no qual não desenvolve nenhuma atividade. Normalmente o endereço é uma caixa postal ou um representante especializado em sediar empresas desse tipo. O objetivo da *offshore* é apenas realizar operações financeiras no paraíso fiscal, quase sempre com o intuito de escapar da tributação ou de fazer investimentos no exterior”. In: Instituto Econômico de Pesquisa Aplicada. http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2080:catid=28&Itemid=23. Acesso em 13/09/2015.

³¹ São contas correspondentes de transferência. Refere-se a contas em bancos correspondentes, utilizadas diretamente por terceiros para a realização de operações por conta própria. Sobre o tema, consulte DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à Lavagem de Dinheiro. Teoria e Prática*. Campinas. Millennium. 2008, p. 363.

Esta neocriminalidade faz surgir um embate, colocando em lados opostos os valores da segurança e os direitos fundamentais. De um modo geral, a população dominada pelo medo e entorpecida pelo apelo midiático acaba reclamando por intervenções estatais cada vez mais repressivas. É o caso dos Estados Unidos, cuja pressão popular foi de tal forma intensa que praticamente obrigou o governo a partir para a ofensiva após os ataques terroristas de 11 de setembro. Os cidadãos americanos não suportaram a destruição dos símbolos de sua cultura, de seu poder bélico e econômico que colocaram em causa a soberania do Estado, além do *status* de superpotência. A nação americana deveria triunfar com o apoio dos próprios norte-americanos e pelo bem da segurança de todos. Não seria suficiente combater o terrorismo no âmbito externo através da guerra. Os esforços deveriam ocorrer internamente. Elimina-se o indivíduo, pelo bem da espécie. Sacrifica-se uma parte, em benefício do todo³². O sentimento de nacionalidade e patriotismo norte-americanos referendou a proclamada *guerra ao terror*, a qual se expressou na opção por um regime jurídico processual e de repressão militarizadas³³.

Na visão de Arnauld Blin, a América é especialmente devotada à missão quase divina de combater as “forças do mal”, que outrora manifestava-se no comunismo e, hodiernamente, no terrorismo.

As the sole super-power – or, if you prefer, “hyperpower” – the United States has traded the Cold War soldier’s uniform it had found it hard to shed after 1991 for the garb of a crusader, the scourge of terrorism (anti-Western terrorism). America is never as highly motivated as when it commits itself to the quasi-divine mission of combating the “forces of evil”. After standing against the forces of communism, it is now tenaciously sanding against the forces of terrorism³⁴.

No Brasil, os elevados índices de violência e a atuação cada vez mais orquestrada do crime organizado também despertam no imaginário popular uma

³² FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes; ZILLI, Marcos. Coord. *Terrorismo e Justiça Penal. Reflexões Sobre a Eficiência e o Garantismo*. Belo Horizonte. Fórum. 2014, p. 66/67.

³³ Idem, p. 25.

³⁴ CHALLAND, Gérard; BLIN, Arnaud. *The History of Terrorism From Antiquity to ISIS*. Oakland, California: University of California Press, 2007, p. 644.

insaciável sede de vingança como solução eficaz para este problema estrutural do Estado. O clamor social encontra respaldo nos discursos políticos e na abordagem jornalística que em tom uníssono protestam por maior rigor na aplicação da lei, por aumento de penas, enfim, por uma política de encarceramento cada vez maior estribado na invocação do Direito Penal máximo.

Sob a perspectiva ou dimensão da sociedade, o prélio entre o valor da segurança e a proteção dos demais direitos individuais do investigado parece pender para o lado da segurança, porque a civilização industrial fomenta uma cultura bélica e violenta em nome de uma suposta efetividade do sistema penal.

Guedes Valente³⁵ adverte que:

A perigosidade e a segurança ocupam a esfera nuclear da legitimidade teórico-operativa dos Estados – isolados ou solidários – da topologia segurança em detrimento dos direitos humanos. A inversão conceptual é fruto da cultura do medo e da cultura de máxima segurança – tudo é segurança – e coincide com a mudança de fundamento epistemológico da intervenção penal: o princípio da culpabilidade, enquanto censurabilidade sócio-jurídica e princípio político-criminal, cede à teoria do injusto material e ao princípio da imputação objectiva. O perigo e o risco – ameaça concreta - passam a ser os vectores regentes da liberdade dos cidadãos e da faculdade de intervenção estadual penal.

A sociedade pós-moderna é reconhecidamente uma sociedade de risco e diversos fatores concorrem para que ela seja também notabilizada como sociedade de insegurança. Nesta linha de pensamento, Alexandre Moraes destaca que “a tentativa de atender as clamorosas reivindicações por mais segurança pública traduz-se em leis repressivas, muitas vezes, irracionais e de difícil cumprimento”³⁶. Por conseguinte, a investigação policial tende a ser um procedimento mais redutivo-punitivo, ignorando que o investigado permanece

³⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Segurança um Tópico Jurídico em Reconstrução*. Lisboa. Âncora Editora. 2013, p. 128.

³⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito Penal do Inimigo. A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba. Juruá. 2011, p. 53.

titular de um conjunto de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos, conforme veremos adiante.

3.2. A Investigação Policial Como Instrumento do Direito Penal do Inimigo na Sociedade de Insegurança

Quanto maior a insegurança mais o Direito Penal e o Processo Penal tendem a se imiscuir na esfera privada do cidadão, colocando em situação de extrema vulnerabilidade os direitos individuais. Os perigos e ameaças inerentes às sociedades de risco fazem nascer um Estado preventivista, que derroga o Estado Democrático substituindo a prevenção policial pela repressão penal, o dano pelo perigo. O Direito Penal abandona o fato para focar no autor e a *ideologia de segurança total* emerge anunciando uma nova modalidade de *totalitarismo*.

Em uma sociedade de risco, dominada pelo medo, o transgressor das normas penais pode não ser considerado um simples criminoso, mas sim um autêntico inimigo que deve ser sobrepujado a qualquer custo, pois ele afronta a estrutura do Estado, desestabilizando a ordem imperante, podendo até mesmo destruí-lo. Neste contexto, um indivíduo que possui um modo de vida contrário às normas jurídicas, desrespeitando as regras impostas pelo Direito para a preservação da sociedade não pode ser considerado um cidadão e, por conseguinte, não pode gozar das garantias inerentes às pessoas de bem³⁷.

O *Direito Penal do inimigo* é uma teoria muito bem abordada pelo professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, Günther Jakobs³⁸, o qual também desenvolveu uma nova teoria da ação jurídico-penal conhecida como *funcionalismo radical, monista ou sistêmico*, em que se comina elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social. Na concepção funcionalista sistêmica, a missão imediata do Direito Penal não é a proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas

³⁷ MASSON, Cleber. *Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral*. São Paulo. Método. 2014, p. 97.

³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal Del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid. Civitas, 2003.

assegurar o ordenamento jurídico, a vigência da norma. O valor e a força jurídica da norma têm maior valor e mais força que a tutela de bens jurídicos³⁹.

Há que se consignar, no entanto, que Rousseau já fazia menção ao inimigo ao abordar a conduta do indivíduo que quebra o contrato social.

Todo malfeitor que ataca o direito social se torna, por seus feitos, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser membro desta ao violar suas leis, e até faz guerra a ela. Neste caso, a conservação do Estado é incompatível com a dele, e um dos dois tem de perecer; e quando se faz o culpado morrer, é menos como cidadão do que como inimigo⁴⁰.

A discriminação dos seres humanos pelo poder punitivo sempre foi uma triste realidade na história mundial, sendo o tratamento penal dispensado pelo Estado incompatível com a condição humana, dado que os considerava apenas entes perigosos ou daninhos, reconhecidamente inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal, ou seja, das garantias que hodiernamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece universal e regionalmente⁴¹.

O Direito Penal do inimigo admite a flexibilização ou mesmo a supressão de garantias materiais e processuais tidas como integrais e inderrogáveis e, normalmente, floresce em sociedades tomadas pelo medo onde a comunicação de massa promove uma propaganda *völkisch*, isto é, uma propaganda populista que menospreza a inteligência popular ao mesmo tempo em que busca a sua adesão através de um discurso demagógico, brutal e grosseiro, reafirmando e estimulando antigos preconceitos⁴².

³⁹ “A Ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi de que o Direito Penal deve proteger somente os bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas e concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”. ROXIN, Claus. *A Proteção dos Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009, p. 13.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo. Penguin Companhia. 2014, p. 87.

⁴¹ ZAFFARONI, Raúl E. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2013, p. 11.

⁴² *Idem*.

Não restam dúvidas de que a invocação de emergências justificadoras de Estados de exceção decorre, não raro, da confluência do medo e da propaganda midiática. Conforme advertem Zaffaroni e Nilo Batista, as mensagens emocionais simplistas fundamentam um exercício de poder ante à indiferença dos operadores políticos que ignoram o risco por estarem ocupados com suas tradicionais lutas competitivas⁴³.

Neste contexto, o inimigo é sancionado pela sua periculosidade e não pelo juízo de culpabilidade. A periculosidade do agente permite ao Estado invocar o *Direito Penal prospectivo* permitindo-se a antecipação da tutela penal para atingir, inclusive, atos preparatórios. Ora, neste cenário de perigo e alerta, o Estado não pode esperar que o inimigo pratique a infração penal para posteriormente impor a repressão, como ocorre no Direito Penal clássico em relação aos cidadãos comuns. A mera demonstração do perigo autoriza a intervenção do Direito Penal.

A doutrina defendida por Jakobs concebe a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico: o *Direito Penal do cidadão*, típico de um Estado Democrático de Direito, com todas as garantias individuais elevadas a *status* constitucional e aplicável aos cidadãos comuns; *Direito Penal do inimigo*, destinado a um grupo determinado que é tido pela sociedade como inimigo a ser combatido, como fonte do perigo que ameaça a integridade estatal e, portanto, a sua eliminação é o fim último do Estado⁴⁴.

As aspirações da sociedade pós-moderna anseiam por novas demandas de criminalização e o Direito Penal do inimigo com sua ideologia prevencionista orienta uma política criminal efficientista, notabilizada por tipificação de transgressões administrativas, de meros atos preparatórios e condutas de perigo abstrato. Além disso, abusa dos tipos omissivos impróprios e de normais penais em branco.

⁴³ ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro* – I. Rio de Janeiro. Revan. 2013, p. 634.

⁴⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral*. São Paulo. Método. 2014, p. 100.

Dada a instrumentalidade do Processo Penal, a investigação policial servirá neste cenário para a concretização do poder criminal estatal, tendo suas funções direcionadas para este fim. A investigação será, portanto, um amálgama de procedimentos heterogêneos e arbitrários cuja finalidade é a repressão ilimitada.

3.3. Características da Investigação Policial no Direito Penal do Inimigo

A busca pela eficácia cada vez maior da repressão criminal consubstanciada no Direito Penal do inimigo leva à desjudicialização e a conseqüente desconstrução do sistema punitivo. A mitigação de princípios e garantias constitucionais é uma decorrência lógica deste processo, sobretudo na investigação policial que é o preâmbulo da materialização do poder estatal.

Para ser alcançada a meta da efetividade, o Processo Penal e, conseqüentemente, a investigação policial, sujeitam-se a profundas alterações, ordinariamente orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal⁴⁵.

Podemos apontar como características da investigação policial no Direito Penal do inimigo:

3.3.1. Supressão dos Direitos e Garantias Fundamentais

Existe um consenso de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, encontrando limites nos demais direitos consagrados na Constituição, bem como no *princípio da convivência das liberdades*⁴⁶. No

⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito Penal do Inimigo. A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba. Juruá. 2011, p. 56.

⁴⁶ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal: MS 23452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000.

sistema constitucional brasileiro, tanto os *direitos* como as *garantias fundamentais*⁴⁷ sujeitam-se a medidas restritivas ou limitações de ordem jurídicas destinadas à proteção da integridade do interesse social e, também, assegurar a coexistência harmônica das liberdades.

As restrições aos direitos e garantias fundamentais deverão ser autorizadas de forma explícita ou implícita pelo texto constitucional, de forma que as normas infraconstitucionais (lei complementar, lei ordinária, medida provisória etc.) estão autorizadas a impor limites ao exercício de direitos fundamentais.

Com efeito, as restrições estão sujeitas à observância do *princípio da reserva legal simples* ou do *princípio da reserva legal qualificada*. Diz-se *reserva legal simples* quando a Constituição apenas estabelece que eventual restrição a direito ou garantia fundamental seja prevista em lei. A Constituição, portanto, não impõe parâmetros para a lei restrigente, apenas menciona a possibilidade dessa restrição. Já a *reserva legal qualificada* ocorre quando a Constituição vai além de exigir que a restrição esteja prevista em lei, fixando condições ou fins a serem perseguidos pela norma restritiva⁴⁸. É o que acontece com o art. 5º, XII, da Constituição Federal, o qual disciplina as regras para interceptação de comunicações telefônicas, exigindo-se lei específica sobre a matéria limitando as hipóteses apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Para Jorge de Figueiredo Dias, o princípio do Estado de Direito impõe a proteção dos direitos, liberdades e garantias não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal, porquanto a eficaz prevenção do crime que o direito penal visa em última análise atingir somente será exitosa se forem inseridos limites estritos à intervenção estatal, estribados na defesa dos direitos,

⁴⁷ A doutrina distingue *direitos fundamentais* de *garantias fundamentais*. Os *direitos fundamentais* são os bens considerados em si mesmo e, como tais, declarados pela Constituição. As *garantias fundamentais*, por seu turno, são instrumentos de proteção estabelecidos pela Constituição para a defesa dos *direitos fundamentais*. Assim, por exemplo, o *habeas corpus* é a *garantia fundamental* para a defesa do *direito fundamental* à liberdade de locomoção.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais e as Possíveis Limitações*, p. 232 e ss

liberdades e garantias das pessoas face à possibilidade de uma intervenção estatal arbitrária ou excessiva⁴⁹.

O Direito Penal do inimigo, no entanto, desconhece os parâmetros delineados alhures e a supressão indiscriminada de direitos e garantias fundamentais em nome da prevenção ao inimigo é a sua tônica. Neste diapasão, Silva Sánchez enxerga o direito penal do inimigo como a terceira velocidade do Direito Penal caracterizado pela privação da liberdade e mitigação ou mesmo eliminação de direitos e garantias penais e processuais⁵⁰.

A investigação policial, neste contexto, reveste-se de poderes incomuns capazes afrontarem garantias fundamentais sem qualquer critério de ponderação de valores, sem a devida chancela judicial. O *princípio instrumental punitivo*⁵¹ assume dimensões desproporcionais, subvertendo o seu significado ao conceder inadvertidamente à investigação policial poderes de restrição de direitos, liberdades e garantias sem observância dos limites necessários para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos, sem atentar para o binômio necessidade/adequação dos meios empregados para a obtenção de um fim.

O exemplo mais recorrente desta modalidade investigativa nos é apresentado pela Lei Patriótica dos Estados Unidos (USA *Patriot Act*), promulgada no dia 26 de outubro de 2001, pelo então presidente George W. Bush. A Lei Patriótica reduziu substancialmente os direitos civis e as liberdades individuais sob o argumento do combate ao terrorismo. Os órgãos investigativos e de inteligência estatais foram autorizados pela lei, em determinadas situações, a interceptar conversas telefônicas e fluxos de dados independentemente de autorização judicial, dentre outras medidas extremamente invasivas e atentatórias aos direitos fundamentais.

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra. Editora Coimbra. 2007, p. 177.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo. RT, 2002. p. 55.

⁵¹ O *princípio instrumental punitivo* reconhece o processo como o único instrumento idôneo a viabilizar a aplicação da pena. Assim, o processo seria um instrumento de punição.

Ferrajoli ao discorrer sobre o *Patriot Act* traz à baila o modelo Guantánamo com a supressão do *habeas corpus* para os cidadãos não americanos, a possibilidade de privação de liberdade por tempo indeterminado sem acusação formal, a supressão de garantias processuais, a constituição de tribunais militares etc., concluindo nos seguintes termos:⁵²

La manifestación más vergonzosa de este derecho penal criminal, como verdadero *crimen contra la humanidad*, es la tortura, que ha hecho su funesta reaparición em estos años en el tratamiento estadounidense de los llamados “enemigos combatientes” como instrumento para obtener la confesión y, al mismo tiempo, de intimidación general. Es un modelo de tortura em muchos aspectos opuesto al practicado em secreto em las cámaras de seguridad y habitualmente ocultado, negado, dejado de lado e ignorado por la opinión pública.

Foi também no sistema jurídico norte-americano que se desenvolveu a *teoria do cenário da bomba relógio*, a qual legitima o uso da tortura em situações de risco excepcional, quando não exista outra maneira eficaz de se conter uma atividade terrorista. Segundo a lógica da *teoria do cenário da bomba relógio*, em situações de risco iminente de grandes proporções – “a bomba vai explodir” – o uso da tortura de prisioneiros deve ser admitida porquanto se constitui em um meio apto para preservar a vida, a integridade física e outros bens jurídicos das pessoas ordeiras vítimas das ameaças terroristas⁵³.

3.3.2. Transferência das Funções Judiciais para as Polícias

Trata-se de um corolário da supressão das garantias individuais. As normas de Direito Humanitário estabelecem limites para a atuação autônoma das autoridades administrativas, restringindo a autoexecutoriedade dos atos de

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid. Editorial Trotta. 2010, p. 237.

⁵³ Cf. MASSON, Cleber. *Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral*. São Paulo. Método. 2014, p. 100.

polícia, notadamente quando tocam um catálogo de direitos de matiz superior, contemplados pela Constituição e por regras de Direito supraconstitucional.

Eventuais restrições a este rol de direitos sujeitam-se ao princípio da *reserva legal (simples ou qualificada)*, bem como à *cláusula de reserva jurisdicional*. A reserva de jurisdição é uma exigência constitucional de que determinados atos sejam praticados apenas pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica (função jurisdicional, de prolação de decisões judiciais)⁵⁴. Dada à magnitude de alguns direitos, somente o Poder Judiciário pode avaliar a existência dos requisitos autorizadores da sua restrição.

Assim, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações telefônicas podem ser afastados apenas por decisão judicial fundamentada, ainda que no interesse de uma investigação policial de crime de natureza grave, ou mesmo no âmbito de uma apuração por parte de Comissão Parlamentar de Inquérito levada a efeito pelos membros do Poder Legislativo. Igualmente, a prisão de qualquer pessoa (exceto no caso de flagrante delito) submete-se à inafastável obrigação de decisão fundamentada do Poder Judiciário.

Ocorre que a sensação de insegurança inerente ao modelo de sociedade de risco cria um ambiente favorável para vicejar o seu suposto *pharmakon* (antídoto), o *Direito Penal do risco (Risikostrafrecht)*, acolhendo e expandindo novas demandas penais e processuais que relegam conquistas sociais seculares, ou seja, a insegurança que emana dos “novos perigos” força a transformação do direito penal clássico ou idealista, padronizado pelos preceitos liberais, em um direito penal da segurança⁵⁵.

⁵⁴ Alexandre de Moraes afirma que a *cláusula de reserva jurisdicional* consiste na “expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos”. *In.: Direito Constitucional*. São Paulo. Atlas. 2006, p. 50.

⁵⁵ Mendoza Buergo levanta a dúvida acerca do fato de malsinados perigos serem verdadeiramente imprevisíveis e incontroláveis, ou, se ao revés, seria possível alcançar alguma forma de mensurá-los. *In.: MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 28.

Em nome da efetividade da repressão, a política criminal das sociedades de risco vem outorgando poderes cada vez maiores às autoridades administrativas em detrimento do princípio da reserva jurisdicional. A investigação dos inimigos legitima o Estado, através de decisões meramente administrativas, interceptar conversas telefônicas e fluxo de dados telemáticos, além de acessar informações bancárias. A Lei Patriota americana é um exemplo desse modelo legislativo que, com escopo de reforçar a segurança nacional, superestima as investigações afetas ao combate ao terrorismo, suspendendo restrições às interceptações telefônicas e de e-mails, ao acesso a registros médicos e a informações bancárias. A Lei Patriota confere poderes executivos a estruturas operativas de controle e a serviços de inteligência, aumentando poderes do Executivo para rastrear e interceptar comunicações, tanto no âmbito Direito Processual Penal, como no tocante a serviços de inteligência⁵⁶. A Lei Patriota amplia, inclusive, os poderes do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) para promover interceptações eletrônicas, via cabo, além de prender suspeitos de terrorismo⁵⁷.

3.3.3. Investigação Voltada para o Autor e não para o Fato

A intervenção do Direito Penal é validada a partir da ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável, independentemente de quem seja o autor, pouco importando o seu modo de ser. Fala-se, então, em Direito Penal do fato, perfeitamente adequado ao Estado Democrático de Direito.

Já o Direito Penal do autor configura-se quando a reprovabilidade social, bem como a aplicação das sanções penais são baseadas no modo de ser do agente, desconsiderando-se a ocorrência do fato ilícito propriamente dito. A sanção deve ser aplicada, portanto, fundamentada na personalidade do agente, na sua atitude jurídica interna corrompida. A conduta ilícita realizada seria apenas uma das características inerentes ao indivíduo que nasceu para delinquir. A culpabilidade, isto é, a reprovabilidade pessoal pela realização de

⁵⁶ FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes; ZILLI, Marcos. Coord. *Terrorismo e Justiça Penal. Reflexões Sobre a Eficiência e o Garantismo*. Belo Horizonte. Fórum. 2014, p. 138.

⁵⁷ *Idem*.

uma ação ou omissão penalmente relevante não é levada em consideração pelo Direito Penal do autor.

Ferrajoli nomeia o sistema que despreza a culpabilidade de *sistema objetivista*, destacando o fato de ele carecer do elemento da intencionalidade do delito, o qual revela uma espécie de esquema arcaico que espelha ordenamentos penais primitivos, informados pela responsabilidade objetiva - coletiva, ou pelo fato alheio ou impessoal⁵⁸.

A investigação policial nesta conjuntura tem por objeto o homem e os seus esforços não estão direcionados para uma pesquisa histórica que busca a verdade de um fato penalmente relevante. O seu escopo é o indivíduo e a verdade perseguida por este tipo de investigação, de caráter absoluto, encontra poucos limites normativos, admitindo-se qualquer forma de obtenção de prova, inclusive a tortura. O investigado ou o suspeito não é tido como titular de direito de defesa, numa visão reducionista e individualista, ignorando-se que o indivíduo investigado permanece portador de um conjunto de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos.

A investigação policial centrada no Direito Penal do autor ignora a multifuncionalidade e a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhes são submetidas e as diligências hostis são levadas a efeito independentemente da concretude de elementos jurídicos e fáticos que devem fundamentá-las, bastando para sua efetivação que o investigado seja rotulado como inimigo.

3.3.4. Vulgarização de Medidas Cautelares

O princípio da presunção de inocência ganha contrastes mais acentuados na investigação policial, especialmente em face de medidas constrictivas de direitos como prisões cautelares, quebras de sigilos bancário e

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p. 80.

fiscal, busca e apreensão domiciliar, sequestro de bens, etc. No Direito Penal do inocente não se admite a antecipação do juízo de culpabilidade para justificar que medidas cautelares sejam requeridas e, mormente deferidas, sem que seja diante de elementos fáticos concretos que justifiquem a necessidade de se acautelar o futuro provimento jurisdicional através das citadas medidas processuais. As medidas cautelares só devem ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Todavia, a sociedade de risco alicerçada no Direito Penal do inimigo rompe com princípios fundamentais da democracia e admite a inversão da lógica instrumental garantista em nome da eficácia da prevenção.

Roberto Lyra aponta que o menor sintoma de perigo é bastante para transmutar a ordem em absoluta desordem. Rescinde-se tudo e todos são corrompidos, sacrificando-se inadvertidamente as formalidades legais e os princípios morais, por medo, ódio e vingança⁵⁹. O perigo provocado pelo inimigo legitima o Estado a antecipar a tutela para abarcar até mesmo os atos preparatórios. As novas demandas decorrentes da criminalidade moderna assumem um cariz prospectivo, exigindo do Estado uma ação antecipada a fim de neutralizar a ameaça e o dano futuros⁶⁰.

Para viabilizar o Direito Penal prospectivo, o Estado socorre-se de uma investigação pródiga em medidas invasivas, desjudicializadas e com vulgarização e alargamento de medidas cautelares. Meras conjecturas, suspeitas não confirmadas e indícios incertos autorizam diligências investigativas extramente invasivas que desconhecem os limites impostos pelos direitos fundamentais. As medidas cautelares tornam-se uma ferramenta comum da investigação que, lastreada em meras hipóteses, avança sobre os direitos

⁵⁹ LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro. José Konfino, 1977, p. 97/98.

⁶⁰ Célio Jacinto adverte que existe um tropismo negativo, uma tendência antidemocrática de incorporar na investigação criminal conceitos de informações de natureza militar, carregada de secretismo e do conceito de inimigo, em detrimento da concepção de cidadão sujeito de direitos e garantias, fato este ampliado nas últimas décadas com a emergência do terrorismo.

fundamentais de pessoas consideradas suspeitas com o escopo de prevenir potenciais riscos a sociedade.

3.4. Crítica à Estratégia de Repressão Como Intimidação

Os imperativos da civilização industrial fomentam uma inexorável cultura bélica que tenta a qualquer custo legitimar a projeção do exercício do poder punitivo como uma guerra à criminalidade e aos criminosos. Esta concepção violenta do poder punitivo é respaldada pela ignorância popular e amplamente difundida pelos meios de comunicação, tendo como fundamento ideológico a absolutização do valor *segurança pública*, o qual reforça os vínculos sociais verticais (autoridade e disciplina) ao mesmo tempo em que provoca a debilidade dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia, fraternidade etc.)⁶¹.

A fragilidade e a ineficiência do Direito Penal e dos métodos de aplicação das penas já foi comprovada desde a Revolução Francesa e o colapso da monarquia absolutista, quando a sociedade passou por profundas transformações, incorporando características mercantis, despontando uma tendência cada vez mais vocacionada ao livre comércio, à produtividade industrial e às grandes transações financeiras. Os súditos, antes ávidos por contemplarem os espetáculos bárbaros de imposição da justiça real, em um teatro de sangue, gemidos e desprezo pela vida humana, despertaram para o cenário ameaçador que as indigitadas barbáries representavam; para a injustiça das sanções aplicadas e para a compaixão que a desgraça dos condenados merecia.

Paradoxalmente, vivemos um retrocesso, especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando os ventos punitivos partiram dos Estados Unidos e percorreram o ocidente espalhando a semente do Estado penal, o qual, malgrado desprovido de legitimidade, segue alimentando a ilusão de proteger a sociedade contra as ações devastadoras do “eixo do mal”, dos

⁶¹ ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro. Revan. 2013, p. 57/58.

“inimigos do Estado” que criam as piores fissuras sociais e que não raro se identificam como traficantes, terroristas ou radicais islâmicos. Para conter a criminalidade que cresce exponencialmente, países de constituições democráticas levam adiante estratégias globais de criminalização e políticas cada vez mais duras de controle social, fomentando meios ilícitos de obtenção de provas, tortura e encarceramento descontrolado, ao passo que a propaganda midiática cria um arquétipo coletivo do medo, pródigo em produzir subjetividades punitivas.

Para Michel Foucault, a violência e a arbitrariedade dos castigos tornam o sistema penal instável, imprevisível e inócuo. Por outro lado, as prisões também representam o grande fracasso da justiça penal porque não reduzem a taxa de criminalidade, provocam reincidência, são uma fábrica de delinquentes e um facilitador para a formação de grupos criminosos organizados⁶².

Os modelos puramente repressivos de intervenção estatal nutrem uma relação simbiótica com a prevenção geral que orienta o Direito Penal para as consequências. Fala-se em prevenção por intimidação que se alimenta de falsas esperanças em resultados auspiciosos produzidos pela cominação e pela execução das sanções penais, na expectativa de que os cidadãos eventualmente inclinados à atividade criminosa sejam persuadidos a não transgredirem a lei penal, através da resposta sancionatória exemplar. Com efeito, qualquer forma de prevenção por intimidação se sujeita a objeções normativas e metodológicas porque atenta contra a dignidade humana, uma vez que subjuga e rebaixa o indivíduo à desprezível condição de instrumento de intimidação de seus semelhantes e, além disso, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos⁶³.

As atitudes sociais estão passando por uma mudança sem precedentes nas democracias modernas, embora muito propagadas em períodos históricos em que vicejaram os regimes autoritários. Hodiernamente, grassa certo

⁶² DELEUZE, Gilles. Foucault. Lisboa. Edições 70. 2012, p. 251/253.

⁶³ HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-guerra*. AAFDL. Lisboa. 1995, p.49.

desprezo social pelos métodos negadores dos direitos e liberdades individuais empregados pelos poderes públicos para controlar a delinquência, admitindo-se o isolamento e a demonização de determinados tipos de crimes e criminosos, e, por conseguinte, tolerando-se uma persecução penal que desconhece regras e limites antropológicos⁶⁴. A luta contra o “inimigo” é o novo marco das sociedades democráticas detentoras de um substancial elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas e conquistadas pelo sangue de nossos antepassados, mas que agora, em troca de uma maior efetividade no combate ao crime, renunciam às cautelas existentes para a salvaguarda dos abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais.

A grande mídia faz ecoar entre as massas a suposta eficácia da reação estatal expondo inimigos (criminosos) mortos e soldados caídos (policiais vitimados). Entrementes, não podemos olvidar que as vítimas desta guerra (criminosos, policiais e vítimas) são selecionados nos estratos sociais inferiores⁶⁵, redundando em um antagonismo que leva à autodestruição dos integrantes desses estratos sociais⁶⁶. De fato, os *mecanismos de seleção* dão o tom ao exercício da discricionariedade das instâncias formais de controle, o que explica as regularidades da presença desproporcional de integrantes dos estratos sociais mais desafortunados nos números oficiais da delinquência⁶⁷.

No entanto, as estatísticas são um duro golpe contra esta famigerada estratégia de Direito Penal emergencial que desvale a dignidade da pessoa humana promovendo um exercício arbitrário do poder estatal materializado na derrogação expressa de direitos e garantias fundamentais do homem. A

⁶⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Política Criminal em La Encrucijada*. Buenos Aires. Bdef Montevideo. 2007, p. 91/92.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. Raúl *et al. Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro. Revan. 2013, p. 58

⁶⁶ Sobre as funções seletivas e classistas da Justiça Penal, Alessandro Baratta aduz que a homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical a sociedade, criando, em particular, eficazes contraestímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar. *In: Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro. Revan. 2011, p. 175.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Gigueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra. Editora Coimbra. 2013, p. 387.

admissão de meios ilegais de provas e do encarceramento indiscriminado enaltecem um Direito Penal simbólico de efeitos absolutamente placebos, sem qualquer eficácia comprovada no combate à criminalidade ou mesmo na promoção da paz social. Os sociólogos, criminólogos, juristas, operadores do Direito e da segurança pública não podem fazer concessões a esta idiossincrasia, porquanto o Estado materialmente democrático tem como pilar fundamental a garantia do exercício pleno dos direitos fundamentais, razão pela qual a segurança e a liberdade devem ser elevados a píncaros supremos, sem pedestalizar uma em detrimento da outra⁶⁸, e sempre tendo como baliza a dignidade da pessoa humana.

4. INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DO INDIVÍDUO

Na história da humanidade o criminoso foi encarado de diversas formas, de acordo com a evolução social e do próprio Direito, não raro se afirmando como o signo ou o sintoma de inferioridade moral, biológica ou psicológica. A par disso, o criminoso sempre foi o objeto da vingança do Direito Penal. Seja em qualquer tempo e em qualquer raça, a pena, de fato, é uma intervenção na esfera de poder e da vontade do indivíduo⁶⁹.

As sociedades contemporâneas institucionalizam o poder a partir da seleção de um reduzido grupo de indivíduos que se submetem a sua coação e, portanto, sujeitam-se à imposição de pena. Trata-se de uma seleção penalizante que se apresenta de forma mais visível na denominada *criminalização secundária*, isto é, na ação punitiva do Estado exercida sobre as pessoas em casos concretos. Embora a *criminalização primária*⁷⁰ seja a etapa inicial da seletividade, esta só irá se concretizar na *criminalização secundária* revelando outra característica que é a vulnerabilidade, ou seja, a tradição do poder punitivo ser exercido precipuamente sobre integrantes dos estratos sociais inferiores. É,

⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 52.

⁶⁹ MASSON, Cleber. *Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral*. São Paulo. Método. 2014, p. 57.

⁷⁰ É o ato legislativo que estabelece um programa punitivo, criando leis materiais que tipificam condutas abstratas.

sem dúvida, uma característica que guarda estreita relação com a teoria criminológica conhecida como *labelling approachi* (teoria da rotulação ou do etiquetamento).

Ao abordar a teoria do etiquetamento, Alessandro Baratta sentencia que o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o resultado da atividade das instâncias formais de controle social⁷¹. Significa que um fato se torna criminoso a partir do momento em que uma norma lhe confere este *status*, a partir da seleção de certos comportamentos considerados como desviantes no interesse de um sistema social.

De certa forma, Hans Kelsen reforça este entendimento dentro da sua *Reine Rechtslehre* afirmando que não existe conduta má em si, mas apenas conduta *mala prohibita*, pois o comportamento é *mala* apenas ser for *prohibita*. Para Kelsen, não é possível afirmar cientificamente que uma conduta é delituosa por sua própria natureza. É a ordem jurídica que determina a natureza criminosa da conduta. Tanto é assim que um comportamento pode ser considerado lícito em uma sociedade e ilícito em outra. “Ordens jurídicas diversas de povos diversos estigmatizaram como delitos padrões bem diferentes de condutas em épocas diferentes”⁷².

A pena imposta ao criminoso selecionado pelas instâncias formais de controle social é uma modalidade de coerção que subtrai do indivíduo um bem jurídico, que lhe priva de um direito e lhe inflige uma dor. Ao longo da trajetória da humanidade, os mecanismos de solução de conflitos de interesse penal variaram bastante, ao mesmo tempo em que foram concorrendo para a concepção dos sistemas processuais atualmente conhecidos. Mas a história do poder punitivo e, conseqüentemente, das formas de resolução de problemas penais é assaz violenta, sendo capaz de suprimir os bens jurídicos mais importantes, como a vida e a liberdade, a integridade física e psicológica.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro. Revan. 2011, p. 86.

⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo. Martins Fontes. 2000, p. 74/75.

Nos primórdios, a resposta aos conflitos de natureza penal dada pela sociedade desconhecia o método processual e a imputação de responsabilidade estava normalmente ligada à imposição de castigos. A busca da verdade admitia a tortura, o segredo do processo e a prisão não fundamentada era comum, sendo a confissão do suspeito o fim imediato do procedimento investigativo. O indivíduo sob acusação não era considerado sujeito de direitos, mas sim o objeto da investigação⁷³.

As provas corporais/físicas, mais conhecidas como *ordálios*⁷⁴, submetiam o investigado a uma espécie de jogo, de luta contra o seu próprio corpo. À guisa de exemplo, na época do Império Carolíngio, quem fosse acusado de assassinato deveria andar sobre o ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda houvesse cicatrizes, seria considerado culpado⁷⁵.

Com a didática dos grandes mestres, Beccaria descreve a verdade subjacente a esta triste realidade:

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é que afirma; “Homens, resisti à dor. A natureza dotou-vos de um amor invencível ao vosso ser, e do direito inalienável de vos defenderdes; porém eu desejo criar em vós um sentimento totalmente diverso; quero inspirar-vos um ódio a vós mesmos; ordeno-vos que sejais vossos próprios acusadores e finalmente digais a verdade em meio a torturas que vos partirão os ossos e dilacerarão os vosso músculos...”⁷⁶

A austeridade das penas convém melhor ao governo despótico que se fundamenta no terror⁷⁷, não se conformando, portanto, com um Estado democrático. As barbáries como a tortura são meios aptos para condenar um

⁷³ Norberto Bobbio lembra que “durante séculos, a tortura foi aceita e de fendida como um procedimento judiciário normal. Desde que os homens começaram a refletir sobre a justificação do uso da violência, foi sempre evidente que *vim vi repellere licet*; atualmente, ao contrário, difundem-se cada vez mais teorias da não-violência, que se fundam precisamente na recusa desse conceito”. In.: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. Campus. 2004, p. 17/18.

⁷⁴ A introdução dos ordálios nas práticas judiciais é apontada por Hermann Nottarp como uma influência crucial dos povos germânicos na formação da cultura medieval. In. NOTTARP, Hermann. *Gottesurteilstudien*. München: Kösel, 1956, p.103

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro. Nau. 2002, p. 60.

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo. Martin Claret. 2015, p. 35.

⁷⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Vol. 1. Rio de Janeiro. Saraiva. 2012, p. 113.

inocente débil e absolver o criminoso forte⁷⁸. Não se prestam, pois, à justiça ou à busca da verdade.

4.1. Humanização da Investigação

Qualquer fundamento que permita ao Direito dispensar tratamento ao investigado, suspeito, acusado ou réu que lhe negue sua condição de pessoa é inconciliável com os postulados do Estado Democrático. Destarte, os métodos de investigação, processo ou cumprimento de pena que não se orientam pelo caráter humanitário não têm legitimidade dentro de uma democracia.

A democracia não pode convalidar qualquer tipo de violência arbitrária perpetrada em nome da investigação ou da busca da verdade de um fato. A prática de um crime não desconstrói o arcabouço principiológico que salvaguarda o ser humano do abuso de poder estatal. O crime não retira do criminoso o seu predicado mais caro, isto é, sua condição de homem, o seu caráter humano, enfim, a qualidade de pessoa que tem o direito de ser tratada com dignidade.

Michel Foucault entendia o crime como um dano social, uma perturbação da sociedade, não tendo qualquer relação com a falta ou com a lei, seja ela lei natural, divina ou religiosa. Neste diapasão, para Foucault a lei penal não pode preceituar uma vingança, a redenção de um pecado, mas sim viabilizar a reparação do dano causado à sociedade. A lei penal deve reparar o mal ou prevenir que males semelhantes possam ser perpetrados em detrimento do corpo social⁷⁹.

O investigado, antes de tudo, é um ser humano sujeito de direitos, e assim deve ser tratado pelo Estado durante a *persecutio criminis*, sobretudo na fase da investigação policial, na qual é vedado, sob qualquer pretexto, afastar-se da perspectiva antropocêntrica, porquanto o homem é o seu maior referencial,

⁷⁸ Idem 63, p. 36.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro. Nau. 2002, p. 79/80.

sendo detentor de prerrogativas inalienáveis e de observância obrigatória pelo Estado.

Como Estado Democrático signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil reafirma o seu compromisso de consolidar no território nacional um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais⁸⁰. Significa dizer que a dignidade da pessoa humana fundamenta o sistema jurídico criminal brasileiro.

O art. 1º da Constituição Federal brasileira traz no inciso III a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, deixando clara a mensagem de que o nosso Estado é um ente centrado no ser humano. A razão de ser do Estado brasileiro é a pessoa humana, rechaçando qualquer outro referencial como a propriedade, a religião ou mesmo o próprio Estado.

A dignidade da pessoa humana detém um alto valor axiológico tenazmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, constituindo, da mesma forma, os valores ético-culturais da nossa sociedade, decorrendo, daí, outros importantes valores constitucionais como o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem. Por tal razão, não é facultado ao Estado o poder de se afastar deste primado, especialmente no âmbito de uma investigação policial. A ordem jurídica que se fundamenta na dignidade da pessoa humana não se conforma com a preponderância de concepções transpessoalistas de Estado e nação que subvalorizam a liberdade individual e os demais direitos fundamentais.

4.2. Os Direitos e Liberdades Pessoais Como Vetores da Investigação Policial

Gomes Canotilho afirma que a modernidade e o constitucionalismo se notabilizam por considerarem os “direitos do homem” como a *ratio essendi* do

⁸⁰ *Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos.*

Estado Constitucional. Seja na concepção de "direitos naturais", ou de "direitos inalienáveis" ou, ainda, de "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, detêm uma dimensão projectiva de comensuração universal⁸¹. E mais:

Além de apontarem para a realização progressiva do homem num mundo progressivamente melhor (tensão escatológica), os direitos do homem forneciam um "critério", um "fundamento", uma "verdade", um "valor" universal para se distinguir entre "Estado constitucional" e "Estado não constitucional"⁸²

Os direitos e liberdades pessoais constituem uma categoria especial de direitos que, em sentido material, formam a base jurídica da vida humana com o componente indissociável da dignidade. São direitos referendados e consagrados pela consciência coletiva, independentemente de estarem ou não previstos em um texto legal.

A função específica dos direitos e liberdades pessoais no Direito Penal vai além de permitir ou legitimar o exercício do poder estatal, porque, muito mais que esta função, eles condicionam ou vinculam e, portanto, deslegitimam o exercício absoluto da potestade punitiva⁸³.

Malgrado as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sejam ordinariamente utilizadas como sinônimas, há um traço distintivo entre elas apontado pela doutrina. Direitos humanos constituem uma classe de direitos de matiz jusnaturalista, filosófico, sem vínculo com uma ordem jurídica particular. Designam pretensões de respeito à pessoa humana emanadas de documentos de Direito Internacional. Versam sobre direitos pertencentes ao homem universalmente considerado. Por seu turno, direitos fundamentais dizem respeito aos direitos que vigoram em um ordenamento jurídico específico, estando relacionados às pessoas. São inscritos nos textos legais de cada Estado, limitando-se, portanto, ao espaço geográfico e ao tempo.

⁸¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes – *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina. 1993. p. 17.

⁸² Idem.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p. 74.

Os direitos e liberdades pessoais, sob a dimensão objetiva, apresentam uma característica de eficácia irradiante porque não se limitam à função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas alcançam também os poderes públicos orientando o exercício de suas atividades mais importantes. A investigação policial como atividade típica do Estado recebe os influxos da eficácia irradiante dos direitos e liberdade pessoais de maneira que desde o nascedouro até a sua conclusão deve ser assegurado ao investigado, à vítima e às testemunhas o respeito à integridade de seus direitos fundamentais.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais impõe a garantia de que todo o direito pátrio seja coberto pelo manto da fundamentabilidade desta classe de direitos e a investigação policial deve seguir as diretrizes impostas sob pena de nulidade dos atos praticados. A investigação não pode subtrair da pessoa humana os pressupostos elementares de uma vida digna e livre, estando os atos constrictivos de direitos absolutamente vinculados aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

A investigação, assim como toda a ordem jurídica do Estado Democrático, deve ser humanizada, impondo-se aos aplicadores do Direito o exame das normas sob a luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Significa dizer que a eficácia irradiante exige que todas as normas, no momento da sua aplicação, sejam reexaminadas sob novas lentes, com “as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.”⁸⁴

4.3. A Investigação Policial Sob a Perspectiva do *Status de Jellinek*

Dependendo do campo específico de proteção, os direitos fundamentais podem desempenhar funções distintas no ordenamento jurídico. Eles podem

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 124.

assegurar aos indivíduos o direito de defesa frente à ingerência arbitrária do Estado, impedindo o excesso e evitando a hipertrofia da repressão e da punição (*garantismo negativo*), como podem, também, exigir uma atuação positiva do Estado, isto é, determinar uma tutela estatal eficaz de bens e garantias fundamentais (*garantismo positivo*). Há, ainda, outras duas funções descritas pelo professor, jurista e filósofo alemão Georg Jellinek: *função passiva*, na qual o sujeito é colocado em posição de subordinação aos poderes públicos, de tal forma que o Estado tem poder para vinculá-lo, através de mandamentos e proibições; e *função ativa*, na qual o indivíduo tem o poder de participar da formação da vontade estatal, na expressão concreta dos direitos políticos, materializando-se, sobretudo, no direito ao voto⁸⁵.

Essas quatro funções são classificadas como *Status de Jellinek*. Georg Jellinek, buscando auxiliar na compreensão do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, desenvolveu no final do século XIX a teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*); o ativo (*status activus civitates*); o negativo (*status libertatis*) e o positivo (*status civitates*).

Os *status positivo (status civitates)* e *negativo (status libertatis)* têm importantes repercussões na investigação policial. Em se tratando da materialização do poder estatal, a investigação policial subordina-se aos mandamentos constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais, seja no aspecto positivo, seja no aspecto negativo.

Do ponto de vista do *status civitates*, a investigação policial deve atuar positivamente em favor do indivíduo, promovendo os serviços necessários à fruição irrestrita dos seus direitos fundamentais. Trata-se, sem dúvida, de uma atuação instrumental, não se constituindo, portanto, um fim em si mesmo, mas um meio através do qual se busca garantir a preservação de bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

⁸⁵ Sobre os *status de Jellinek*, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008.

Jorge Silva Sampaio argumenta que a polícia não está adstrita a uma concepção limitada e limitadora, caracterizada exclusivamente por uma dimensão negativa, de carácter ablativo⁸⁶. O mesmo raciocínio se aplica à investigação policial, uma vez que os imperativos decorrentes das dimensões objetiva e positiva dos direitos fundamentais arrastam a polícia e, por conseguinte, a investigação policial, para uma atuação de cariz positivo-prestacional, traduzida na obrigação de proteção pública dos direitos fundamentais do cidadão.

Dentro da perspectiva positiva do *status de Jellinek*, a investigação policial está impelida a direcionar suas ações para a preservação da segurança pública, da saúde, da liberdade, da intimidade, do patrimônio, etc. É uma manifestação do *garantismo positivo* e do *princípio da proibição de proteção* (“*Schutzpflicht*”) *insuficiente*. Sendo assim, quando a ordem social é rompida pela prática de um crime, não só a vítima, como toda a sociedade (nos crimes de ação penal pública incondicionada), tem o direito de exigir a atuação estatal para que sejam apontadas, na sua mais completa extensão, a autoria e a materialidade do delito cometido.

A investigação tem por escopo coibir e reprimir condutas que venham lesar ou causar perigo de lesão aos bens jurídicos constitucionais penalmente tutelados. Quando a polícia inicia a investigação de um delito, ela está indiretamente promovendo a defesa do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, ou seja, a vida, liberdade, a saúde pública, o patrimônio, dentre outros.

Ainda sob a perspectiva do *status positivo*, outro importante serviço que deve ser prestado pela investigação policial para a tutela de bens e direitos do indivíduo escapa da tradicional atuação repressiva e normalmente não recebe a devida atenção da doutrina e das próprias instituições policiais. Trata-se de um poder da investigação que se projeta para além do Direito Penal clássico. Ora,

⁸⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*. Coimbra. Coimbra. 2012, p. 96.

quando a polícia realiza diligências investigativas, ela deve buscar a reconstrução histórica dos fatos em toda a sua extensão, não se limitando às provas que se refiram apenas aos elementos do tipo penal. As informações colhidas durante a atividade investigativa devem abranger outros aspectos que orbitam o fato delitivo, como questões sociais e políticas que repercutem no *locus delicti* e no *animus auctoris*, a fim de se construir um banco de dados capaz de viabilizar diagnósticos qualificados e conjunturais sobre a criminalidade e, assim, fornecer ao Poder Público elementos idôneos à formulação de uma política criminal mais coerente com a realidade.

No que pertine à perspectiva negativa do *status de Jellinek*, os direitos fundamentais exercem uma função balizadora da investigação policial, estabelecendo os limites e parâmetros para a sua adequada condução. Trata-se, na verdade, da expressão do *garantismo negativo* que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado. Significa dizer que a investigação policial deve se harmonizar com as liberdades, com as garantias e com os direitos constitucionais, já que a Constituição Federal é o fundamento de validade da própria investigação. Sendo assim, qualquer ato praticado dentro da investigação policial que se desvirtue dos limites e parâmetros impostos pelos direitos fundamentais estará maculado de nulidade. Como bem destacado por Pedro Ivo de Souza, a ação investigativa deve buscar sua fonte de legitimidade na Constituição, não sendo suficiente a obediência cega aos textos legais⁸⁷.

Para a atuação investigativa do Estado, os direitos e liberdades pessoais representam uma série de proibições que se manifestam no direito à vida, à liberdade, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, à proibição de provas ilícitas etc. Há que se considerar, ainda, um importante arcabouço principiológico de observância obrigatória e que forma um abrigo contra as ingerências abusivas do Estado. Segundo Gomes Canotilho, os princípios possuem *natureza normogênica*, uma vez que constituem fundamentos de regras, estando na base das regras jurídicas, sendo, por conseguinte, a sua *ratio* a desempenhar

⁸⁷ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Coord. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador. JusPodium. 2015, p. 60.

uma função normogenética fundamentante⁸⁸. Os princípios instituem, direta e imediatamente, uma garantia dos cidadãos, sendo amplamente reconhecida sua densidade de autêntica norma jurídica como força determinante. À guisa de exemplo, podemos citar os princípios da presunção de inocência, da proibição de provas ilícitas, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e do *in dúbio pro reo*, princípios estes que, por si só, já traduzem garantias diretas para os cidadãos, sendo reconhecidos como *princípios em forma de norma jurídica*, vinculando não apenas o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas também o próprio legislador.

4.4. Direitos Fundamentais e a Inquisitorialidade da Investigação Policial

A nota de inquisitorialidade que permeia a investigação policial não subtrai do investigado o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, tampouco o subjugação à condição de um objeto ao alvedrio da autoridade investigante. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar advertem que mitigar o contraditório e a ampla defesa na fase investigativa, por suas próprias características, não significa sua integral eliminação⁸⁹. Malgrado ainda não haja acusação na fase pré-processual, a investigação policial não pode prescindir totalmente do contraditório e da ampla defesa sob pena de se transformar em instrumento de abuso de poder.

Neste sentido, a legislação brasileira estabelece regras que abrandam a inquisitorialidade da investigação policial e asseguram certa medida de contraditório e ampla defesa ao investigado. Assim, por exemplo, o art. 5º, LV, da Constituição Federal dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. No mesmo sentido, a Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 7º,

⁸⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes – *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina. 1993. p. 167.

⁸⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 107.

confere aos advogados, entre outros, o direito conversar com seus clientes, mesmo em caso de prisão, em estabelecimento civil ou militar, ainda que declarados incomunicáveis.

Em grau diferenciado da realidade processual *in judicium*, a investigação policial, como fase preliminar do processo, não aparta o contraditório e a ampla defesa, os quais se materializam de diversas formas, como nos requerimentos de diligências por parte do investigado, nas postulações de liberdade provisória, nos recursos administrativos e na utilização de remédios de garantia como o *habeas corpus* e o mandado de segurança⁹⁰.

Não podemos olvidar que o contraditório é uma garantia política e, sendo assim, ele exerce uma funcionalidade que assegura a legitimidade do exercício do poder. Somente através da participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional, em todas as suas etapas, inclusive na fase pré-processual, é que se alcançará a mencionada legitimidade. Trata-se de uma garantia intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara sentencia:

Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas, e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito⁹¹.

4.5. A Presunção de Inocência Como Critério Modulador da Investigação Policial

O princípio da presunção de inocência tem assento constitucional e “status” de direito fundamental⁹², consoante se infere do art. 5º, LVII da Carta

⁹⁰ Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 104.

⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 54.

⁹² Inserido no rol de direitos do Título II da CF – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência se impõe como norma abrangente de repercussão em todo processo penal, notadamente na fase de investigação policial, face à vulnerabilidade do investigado decorrente da inquisitorialidade desse procedimento preliminar.

Sobre a influência do princípio da presunção de inocência no processo penal, Elena M^a Górriz Royo assevera que:

Frente al acotado ámbito de aplicación de otros derechos fundamentales, la presunción de inocencia se expande sobre todo el proceso penal. Aún más, como se dijo más arriba, cabe hablar de un proceso penal de la presunción de inocencia, para acentuar así la importancia de este postulado como primer hito en el que se inspira el proceso penal⁹³.

O alcance do princípio em causa é de tal modo abrangente que Royo se refere a um *processo penal da presunção de inocência*, apontando este postulado como viga mestra do Direito Penal instrumental.

Haja vista a sua influência e difusão no processo penal, a presunção de inocência é vislumbrada por George Sarmento⁹⁴ como um direito fundamental multifacetário, manifestando-se como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento, criando, segundo o referido autor, um amplo espectro de garantias processuais que tutelam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal.

Com efeito, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, somos todos presumidamente inocentes e esse *status* aufere contornos mais pronunciados na investigação policial, nomeadamente em face de medidas constrictivas de direitos como prisões cautelares, quebras de sigilos bancário e

⁹³ GÓRRIZ ROYO, Elena M^a. *Constitución, Derechos Fundamentales Y Sistema Penal. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blach, 2009. p. 844.

⁹⁴ SARMENTO, George. *A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro*. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 242-243.

fiscal, busca e apreensão domiciliar, sequestro de bens, etc. A presunção de inocência obsta uma antecipação do juízo de culpabilidade, fazendo com que as medidas cautelares sejam requeridas e, sobretudo deferidas, diante de elementos fáticos concretos que justifiquem a necessidade de se acautelar o futuro provimento jurisdicional através das citadas medidas processuais. Não se admite, portanto, a intromissão estatal na intimidade dos cidadãos estribado apenas em meras conjecturas ou simples especulações, especialmente quando se trata de uma intromissão *inaudita altera pars*.

5. INVESTIGAÇÃO POLICIAL - DIMENSÃO DO ESTADO

O estudo da investigação policial vem sendo ordinariamente levado a efeito de forma unidirecional, considerando apenas o viés repressivo em um contexto penal clássico punitivo que despreza importantes fatores sociais, filosóficos, criminológicos, jurídicos e políticos criminais.

Uma análise complexa deste importante instrumento do processo penal não deve desprezar três atores fundamentais que integram o sistema jurídico-criminal: a sociedade, o investigado e o Estado. Vimos até agora as dimensões da sociedade e do investigado em uma relação de tese e antítese. A dimensão do Estado aparece como a síntese desta dialética nascida a partir dos conflitos entre percepções diferentes da sociedade e do investigado sobre o mesmo fenômeno: a investigação policial.

A proposta de releitura da função da investigação policial nos precipita em duas questões substanciais, quais sejam:

- a)** Como conceber a investigação policial fora da dinâmica exclusiva da repressão estatal, sem que ela perca sua natureza processual e se furte de exercer o papel de instrumento de instância formal de controle social?
- b)** Qual a posição do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a função e alcance da investigação policial diante das tensões

geradas entre os conflitos de aspirações da sociedade e do investigado?

Na dimensão do Estado, dentro de um contexto de democracia e direito, a investigação policial deve atender às expectativas sociais de segurança eficaz e também aos limites impostos pelos direitos e liberdades pessoais do investigado.

O Estado Democrático de Direito é um meio justificado pela necessidade de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos⁹⁵ e a investigação policial deve cumprir o papel de garantir a justa e efetiva incidência das leis penais ao caso concreto, além de constituir uma essencial ferramenta a favor da política criminal, conforme veremos adiante.

5.1. O Princípio Democrático

Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, consagrando o *princípio democrático* que viabiliza o exercício político da liberdade. Aliás, a liberdade é a matriz conceitual da democracia.

A democracia é um bem superior, de conteúdo ético e axiológico. Constitui a forma mais elevada de organização política e, por conseguinte, um ideal da sociedade⁹⁶. É também um pressuposto teórico do Estado Constitucional, já que a Constituição fundamenta-se na substância da vontade popular.

⁹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes; ZILLI, Marcos. Coord. *Terrorismo e Justiça Penal*. Reflexões Sobre a Eficiência e o Garantismo. Belo Horizonte. Fórum. 2014, p. 351.

⁹⁶ É de se notar que existe uma concepção bem mais negativa da democracia. Na obra *A República* de Platão, a democracia é condenada, sendo descrita como uma forma degenerada, pior que a tirania. Para Platão, enquanto a oligarquia é o governo dos ricos, a democracia é o governo dos pobres contra os ricos e não propriamente o governo do povo. PLATÃO. *A República*. São Paulo. Martin Claret. 2015, p. 253/268.

Outro elemento que não pode ser ignorado é o *Estado de Direito*. No caso da Constituição Federal brasileira, o *caput* do art. 1º declara expressamente que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito. A noção de Estado de Direito está intrinsecamente vinculada ao conceito de Estado Democrático, traduzindo a ideia de sujeição de todos ao império da lei e do Direito, bem como de exercício dos poderes públicos por representantes do povo, com o fim precípua de assegurar uma igualdade material a todos.

Norberto Bobbio observa que democratização da direção política não se confunde com a democratização da sociedade, sendo possível a coexistência de um Estado Democrático em uma sociedade em que a maior parte das instituições (como a família, a escola e os serviços públicos) não é gerida democraticamente⁹⁷.

A distinção se faz necessária porque existe uma diferença conceitual entre democracia formal, que diz respeito à forma de governo, e democracia material, que versa sobre o conteúdo da forma de governo. A democracia formal é um regime político que atende aos critérios formais da democracia, mas não necessariamente aos requisitos materiais, substantivos ou reais. Um Estado formalmente democrático tem seus governantes escolhidos pelo povo, mediante sufrágio universal, além de distinguir as funções legislativa, executiva e judicial.

A democracia formal passe ser apenas uma moldura ostentosa e vazia quando dissociada da democracia material. Isto porque é a democracia material que garante condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna. Está edificada sobre os pilares da liberdade, da igualdade, da participação e responsabilidade do povo, compreendendo tanto os poderes políticos como também cada membro da sociedade. Ela se impõe, portanto, aos governantes e governados.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo. Paz & Terra. 2014, p. 156.

Como bem assinalado por Norberto Bobbio, o que distingue conteudisticamente um regime não democrático de um regime democrático não é somente a igualdade jurídica das constituições liberais, mas a igualdade social e econômica⁹⁸.

A igualdade material não é um conceito novo. De certa forma, já no século XVI Tomas Morus se referia a uma igualdade material dos utopianos ao afirmar ser preciso

Respeitar os acordos entre os particulares, bem como as leis do Estado, em vista de uma boa repartição dos bens da vida que são a substância mesma do prazer, seja que um bom príncipe os tenha legalmente promulgado, seja que um povo livre de toda tirania e de toda influência sorrateira os tenha sancionado de comum acordo. Velar por sua vantagem pessoal sem ofender as leis, eis a sabedoria; trabalhar além disso pela vantagem da comunidade, eis a piedade⁹⁹.

5.2. Investigação Policial Democrática

Sendo a democracia produto da liberdade, ambas ostentam um marco característico comum da conaturalidade com a noção de homem. De fato, a liberdade é tão congênita ao Homem que não se pode conceber uma sociedade democrática que não contemple em suas leis fundamentais a liberdade, ainda que seja como simples aspiração.

Por mais contraditório que possa parecer, a investigação policial no Estado Democrático de Direito tem um compromisso com a liberdade, a qual se expressa no respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana. A democracia traz consigo um núcleo de garantias de caráter material finalisticamente dirigidas para a proteção da pessoa humana.

⁹⁸ Idem, p. 157.

⁹⁹ MORUS, Tomás . *A Utopia*. Porto Alegre. L&PM Pocket. 2015, p. 101.

A liberdade do homem, para Thomas Hobbes, seria o não encontrar obstáculos em tudo o que quer, deseja ou se inclina a fazer¹⁰⁰. A liberdade tutelada e respeitada pela investigação policial não se reduz ao mero direito de ir e vir, porque compreende também o poder de autodeterminação, de autoconsciência e, obviamente, de escolha externa. A liberdade é fruto da natureza do homem racional e volitivo.

A igualdade material é outro referencial da investigação policial porque ela integra a base fundamental do princípio republicano e da democracia¹⁰¹, apresentando uma tríplice finalidade limitadora: a) limitação ao legislador; b) limitação ao intérprete/autoridade pública; c) limitação ao particular. Para além dessas limitações impostas, o princípio da igualdade faz incidir a *proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais*, isto é, ele estabelece um dever de proteção para o Estado que obriga o Poder Público a operacionalizar um conjunto de mecanismos de tutela capazes de promover a defesa dos direitos fundamentais, incluindo-se mecanismos de natureza penal.

A regra da igualdade material consiste em dispensar tratamento igualitário aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade. A justiça social decorre do tratamento isonômico dispensado a todos os cidadãos e a igualdade material se arrima em instrumentos reais de concretização dos direitos, dos quais a investigação policial faz parte. Por tal razão, a investigação policial não pode admitir privilégios e distinções infundadas. Ela deve ser técnica e imparcial, fruto de trabalho científico voltado para a descoberta de um fato penalmente relevante. Por conseguinte, a investigação policial não pode ser utilizada para perseguições políticas, para ações discriminatórias ou para apurações dirigidas contra certas categorias de pessoas. Ela deve atender aos interesses da sociedade porque a Polícia é um órgão do Estado e não de um governo ou de um grupo de pessoas. Ademais, o princípio da igualdade jamais pode ser desprezado na investigação policial

¹⁰⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo. Edipro. 2105, p. 192.

¹⁰¹ MONTESQUIEU afirmava que “Os homens são todos iguais no governo republicano; são iguais no governo despótico: no primeiro, porque são tudo; no segundo, porque não são nada.” MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Vol. 1. Rio de Janeiro. 2012, p. 106.

porque, sob um prisma sociológico, os órgãos policiais são uma força, um poder de fato que pode ser desvirtuado para sobrepujar o interesse público e viabilizar a consolidação da minoria detentora do poder. Isto torna o órgão policial uma instituição venal e submissa ao jogo das pressões, além de vulnerável a manipulações ideológicas, ordinárias nos regimes de exceção, rebaixando a instituição à condição de Polícia política.

5.3. Natureza Jurídica da Investigação Policial

A doutrina brasileira é praticamente unânime ao considerar a investigação policial consubstanciada no inquérito policial (comum ou militar) como um procedimento administrativo, preliminar à fase processual. O fundamento para esta conclusão baseia-se no fato da investigação policial ser presidida por uma autoridade administrativa (autoridade policial) e não por uma autoridade judicial. Outro argumento utilizado pelos processualistas diz respeito à inquisitorialidade do procedimento caracterizada pelas supostas ausências do contraditório e da ampla defesa.

Para contextualizar a posição da doutrina brasileira, trazemos à colação o entendimento de Eugênio Pacelli que define a fase da investigação policial como um procedimento de natureza administrativa, realizada preliminarmente à provocação da jurisdição penal, tendo como objetivo o cabal e completo esclarecimento de um fato penal para a formação do convencimento do titular da ação penal (Ministério Público)¹⁰².

É de se notar que no período do absolutismo, o investigado não era visto pelo Estado-investigador ou pelo Estado-acusador como um sujeito de direitos, mas apenas como um mero objeto do *jus puniendi* estatal. Foram as luzes iluministas que trouxeram a tona um modelo de acusação calcado em um processo que, em última análise, configura uma relação jurídica que permite ao acusado exercer os seus direitos com vistas à sua mais ampla defesa.

¹⁰² DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004, p. 31.

Negar a natureza processual à investigação policial ou qualquer outra investigação promovida pelo Estado, inclusive pelo próprio Ministério Público, representa um risco real ao direito de defesa do investigado, pois é justamente o processo o meio mais eficaz de se instrumentalizar o livre exercício das garantias constitucionais.

Eliomar Pereira observa que o processo não é uma categoria exclusivamente jurisdicional, havendo no ordenamento jurídico brasileiro várias espécies de processo, inclusive o processo administrativo que não contempla a figura do juiz em sua constituição¹⁰³. No mesmo diapasão, Alexandre Freitas Câmara sentencia que, *lato sensu*, o conceito de processo não é exclusivo do Direito Processual, havendo processos em outras áreas da atividade estatal diversas da jurisdição, como os processos legislativos e os processos administrativos. O referido autor destaca, ainda, a existência de processos não-estatais, como é o caso da arbitragem¹⁰⁴. E arremata afirmando:

O processo jurisdicional, todavia, guarda peculiaridades em relação aos demais tipos de processo. A principal delas reside exatamente no fato de existir neste processo, como seu aspecto intrínseco, uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre as partes e o Estado-juiz, em que este exerce poder, em posição de equidistância em relação às partes. Não se confunde, pois, o processo jurisdicional (que constitui o objeto central de nossas atenções por ora) com os demais processos¹⁰⁵.

Podemos afirmar, então, que existem três tipos de processos: a) processo estatal jurisdicional; b) processo estatal não jurisdicional; e c) processo paraestatal. Malgrado o processo jurisdicional não se confunda com as demais espécies de processo, a diferença não impede a coexistência entre eles.

¹⁰³ PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lúcio. Coord. *Investigação Policial Conduzida por Delegado de Polícia*. Curitiba. Juruá. 2013, p. 22.

¹⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Vol. I* Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007, p. 149.

¹⁰⁵ Idem.

Decerto, a investigação policial enquadra-se na espécie de processo estatal não jurisdicional.

A característica da inquisitorialidade da investigação policial não lhe retira totalmente certa medida de contraditório e de ampla defesa. Com efeito, o contraditório e a ampla defesa na investigação policial são apenas mitigados, jamais podendo ser considerados totalmente ausentes. E esta conclusão está baseada na legislação constitucional e infraconstitucional, como por exemplo, o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que estabelece que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Da mesma forma, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) dispõe em seu art. 7º, inciso XIV, que o advogado pode “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. Este dispositivo da Lei 8.906/94, aliás, está referendado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 14, *in verbis*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Frise-se que em julgamento de precedente representativo, o Supremo Tribunal Federal afirmou que embora o sigilo das diligências investigativas seja necessário, a formalização documental de seu resultado não pode ser subtraída do investigado, bem como do seu advogado, eis que a Constituição Federal garante aos investigados o direito de defesa (Vide: HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, *DJ* de 6.10.2006).

O processualista alemão James Goldschidt afirmava que o processo seria constituído por uma série de situações jurídicas ativas geradoras de deveres, poderes, faculdades, ônus e sujeições para os seus sujeitos.¹⁰⁶ O

¹⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General Del Proceso*. Barcelona. Labor. 1936, p. 19/23.

Estado-investigação é detentor de poderes-deveres que ordinariamente são de natureza decisória e até mesmo cautelar. Não há como negar que atos típicos da investigação policial como a prisão em flagrante e o arbitramento da fiança são de natureza processual e regidos pelos princípios e regras do Processo Penal. Da mesma forma inúmeras diligências investigativas policiais são tratadas pela legislação especial brasileira como normas processuais. A Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013), por exemplo, prevê em seu art. 3º diversos meios de obtenção de prova utilizáveis na fase da investigação policial, todos de natureza processual, como é o caso da colaboração premiada; da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; da ação controlada; do acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; da infiltração, por policiais, em atividade de investigação etc. Obviamente que estes meios de obtenção de prova utilizados na instrução da investigação policial não executados através de atos administrativos, mas sim de atos processuais.

Aliás, este é um aspecto relevante que os processualistas desconsideram, porque ao classificarem a investigação policial como um procedimento administrativo, automaticamente estão chancelando a aplicação dos princípios e regras do Direito Administrativo a esta importante etapa do processo penal, o que, evidentemente, pode criar distorções inconciliáveis com os primados de um Estado Democrático de Direito que tem como ponto central a dignidade da pessoa humana. Isto porque um dos pilares fundamentais do sistema de normas e princípios que regem o Direito Administrativo é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Discorrendo sobre o princípio da supremacia do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho assevera que o indivíduo deve ser visto como integrante da sociedade e, assim sendo, seus direitos, em regra, não podem ser equiparados aos direitos sociais¹⁰⁷.

¹⁰⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005, p. 22/23.

A transposição inadvertida de um princípio do Direito Administrativo para dentro do Processo Penal pode representar uma grave ameaça aos direitos fundamentais do investigado. A ideia de que o interesse público prevalece sobre o interesse particular dentro do Processo Penal cria um cenário jurídico absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois não se garante um padrão mínimo de proteção aos direitos fundamentais, deixando os cidadãos à mercê de decisões administrativas imperativas e autoexecutáveis. Em outras palavras, admitir a supremacia do interesse público dentro do Processo Penal significa autenticar um Estado autoritário que emerge de uma ideologia de absolutização do valor da segurança pública, fomentando práticas penais e processuais penais que são corolários de um modelo totalitarista. O princípio da supremacia do interesse público confere imperatividade a toda atuação administrativa, impondo obrigações ao investigado de forma unilateral, restringindo e/ou condicionando direitos.

O Direito Penal do Inimigo é um padrão de sistema jurídico criminal que se conforma com a supremacia do interesse público no Processo Penal, porque na sua ponderação de valores o interesse público prevalece sobre o interesse do indivíduo e a proteção da norma prevalece sobre a proteção do bem jurídico.

Como já destacado em tópico anterior, a investigação policial não pode apartar-se da perspectiva antropocêntrica, uma vez que o homem é o seu maior referencial, sendo detentor de prerrogativas inalienáveis e de observância obrigatória pelo Estado. Por conseguinte, não há como se falar em supremacia do interesse público dentro da investigação policial.

Se a investigação policial for tida como um procedimento administrativo, os atos praticados na sua instrução serão considerados atos administrativos e, assim sendo, ostentarão as características, os atributos, os elementos e a classificação pertinentes aos próprios atos administrativos. Evidentemente que tal concepção gera um problema de ordem funcional porque os atos administrativos são praticados sob regime jurídico próprio para a consecução dos fins da Administração Pública, isto é, para viabilizar a administração e a

prestação dos serviços estatais. Já os atos processuais penais são praticados para propiciar uma adequada solução jurisdicional para um conflito de interesses entre o Estado e o infrator e, se for o caso, legitimar a aplicação de uma sanção penal. Malgrado a investigação policial seja uma fase pré-jurisdicional, ela compreende em sua dinâmica uma sequência de atos voltados à obtenção de provas, ao exercício do direito de defesa e à formulação da *opinio delicti*, fornecendo elementos que constituirão a base da acusação na ação penal ou, ainda, as razões para o arquivamento da persecução criminal.

Ademais, quanto ao critério de liberdade de ação, os atos administrativos sujeitam-se a uma classificação dicotômica que os categorizam em *atos discricionários* e *atos vinculados*, sendo certo que nenhuma dessas categorias se identifica com os atos praticados no curso da investigação policial.

Atos vinculados são aqueles praticados pela Administração sem qualquer margem para liberdade de decisão, já que a lei estatuiu previamente o único comportamento possível a ser observado sempre que se apresente a situação objetiva descrita na lei. Neste tipo de ato não há possibilidade de valorização ou subjetivismo, mas apenas a análise de conformidade entre o ato e os requisitos da lei¹⁰⁸. Um exemplo clássico de ato vinculado é a licença-paternidade prevista na Lei 8.112/90, cuja concessão será obrigatória por parte da Administração Pública em caso de nascimento de filho do servidor público regido pela mencionada lei. Nesta hipótese, não cabe ao administrador avaliar a conveniência e oportunidade de concessão da licença porque o servidor público cumpriu os requisitos previstos em lei para o gozo do benefício.

Por outro lado, atos discricionários são aqueles em que a Administração possui, dentro dos limites da lei, certa liberdade de escolha, no que diz respeito ao conteúdo, ao modo de realização, à oportunidade e à conveniência da prática. De acordo com Carvalho Filho, nos atos discricionários a lei autoriza o agente a proceder a uma avaliação da conduta a ser praticada, levando-se em

¹⁰⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005, p. 125.

consideração, por óbvio, a finalidade do ato, incidindo a valoração sobre o motivo e o objeto do ato, resultando o ato da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas.¹⁰⁹ Um exemplo de ato discricionário bastante utilizado pelos administrativistas brasileiros é a licença para tratar de interesses particulares, disciplinada pelo art. 91 da Lei 8.112/90, e cujos termos fazem referência literal à expressão “a critério da Administração”. Significa dizer que a Administração pode conceder ou não a licença de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

A questão que se apresenta diante da dicotomia *discricionariade versus vinculação* é a impossibilidade de enquadramento dos atos investigatórios dentro de uma destas categorias. Os atos praticados no curso da investigação policial comportam uma grande carga valorativa, ora manifestando natureza decisória, ora cautelar, ora simplesmente natureza de mero expediente. Por conseguinte, não há que se falar em ato vinculado, haja vista que na condução do inquérito a autoridade policial exerce sistematicamente juízos de valor e ponderações que vão muito além do que uma trivial averiguação da conformidade entre o seu ato e a lei. Também não podemos falar em discricionariade porque as decisões exaradas no âmbito da investigação policial não comportam um juízo de conveniência e oportunidade, não tendo a autoridade policial qualquer liberdade de escolha fundada nesses critérios.

O que existe nos atos investigatórios é uma valoração crítica e racional por parte da autoridade policial estritamente subordinada ao princípio da *obrigatoriedade*¹¹⁰. Ou seja, identificada a hipótese de atuação de acordo com os critérios legais, não pode a autoridade policial se escusar de praticar o ato pertinente sob qualquer pretexto, porque o princípio da obrigatoriedade impõe o dever de atuação na persecução criminal. Porém, como as demandas apresentadas no cotidiano da atividade policial, pela sua natureza jurídico penal, requerem um profundo exercício hermenêutico, a avaliação da existência ou não da obrigatoriedade de atuação da autoridade policial neste ou naquele sentido

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ O princípio da obrigatoriedade (legalidade processual) será estudado no tópico sobre os princípios regentes da investigação sistêmica.

depende de uma atividade complexa que envolve juízo e ponderação de valores, conhecimento técnico jurídico, além, é claro, de certa dose de experiência pessoal da autoridade policial, tudo isso concorrendo para a formação da motivação da prática do ato.

Assim, por exemplo, não podemos falar que a prisão em flagrante seja um ato discricionário ou vinculado porque a autoridade policial não pode prender ou deixar de prender um suspeito por razões de conveniência e oportunidade. Da mesma forma, ela também não pode prender ou deixar de prender um suspeito com base numa vinculação legal pelo simples fato da lei ser incapaz de indicar, no caso concreto de infração penal, um único caminho a ser seguido pela autoridade policial, sem que haja margem para qualquer exercício hermenêutico, análises de conteúdos de valor e de conceitos jurídicos indeterminados. Em se tratando de investigação policial, os atos praticados serão orientados pelo princípio da obrigatoriedade e, tendo eles conteúdo decisório, deverão ser devidamente fundamentados. Neste sentido, calha à fiveleta as lições de Julio Fabbrini Mirabete:

No momento em que ocorre a infração penal é necessário que o Estado promova o *jus puniendi*, sem que se conceda aos órgãos encarregados da persecução penal poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz. O princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade) que vigora entre nós obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública¹¹¹.

Por fim, há que se mencionar que a exposição de motivos do Código de Processo Penal dispõe, no item IV, que “foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”. Naturalmente esta orientação da exposição de motivos está em consonância com o fato de que as regras da investigação policial encontram-se na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e na

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo. Atlas. 2004, p. 50.

legislação processual extravagante, disciplinando o inquérito policial no que tange aos princípios, aos prazos, as nulidades, à forma, à atribuição pelo local do crime e até mesmo ao rito. Aliás, o Título II do Código de Processo Penal é justamente “Do Inquérito Policial”.

A partir do que foi exposto, podemos afirmar que a investigação policial tem natureza *processual pré-jurisdicional*, servindo como instrução provisória que antecede a propositura da ação penal, sendo os atos praticados em seu âmbito regidos pelo princípio da obrigatoriedade.

5.4. Investigação Policial Sistêmica

O Brasil ainda experimenta um processo de transição democrática, fenômeno político definido por José María Rico como “processo de passagem de um sistema político autocrático para outro democrático”¹¹², não havendo, ainda, uma completa ruptura com o nosso passado autoritário, uma vez que estruturas do antigo regime ainda impregnam o sistema jurídico nacional.

O atual paradigma da atividade investigativa do Estado é anacrônico por desconsiderar a importância da prevenção, bem como a relevância de suas potencialidades como fonte de informação qualificada a subsidiar a elaboração de políticas criminais. Trata-se de um modelo investigativo de cariz *indiciário* que não se mostra capaz de apresentar respostas satisfatórias às complexas questões relacionadas à segurança pública.

Pedro Ivo de Souza propõe uma mudança de paradigma do modelo de investigação indiciário para um modelo de investigação *garantista*, onde os direitos humanos possibilitam que a função investigativa seja desempenhada de

¹¹² RICO, José María. *Justiça Penal y Transición Democrática em América Latina*, Madrid: Siglo Veintiuno, 1997, p. 38.

forma equilibrada, buscando a eficiência de suas ações e não se limitando mais somente a conhecer e punir os crimes, mas, também, preveni-los¹¹³.

Devemos reconhecer que os fundamentos do Estado Democrático nos impelem para uma releitura ou readequação das funções da investigação policial, porque uma sociedade alicerçada em valores democráticos-constitucionais necessita de um sistema jurídico-penal que vá além do famigerado discurso dicotômico “autoria/materialidade do delito” como objeto da investigação.

O paradigma indiciário da investigação policial é de visão cartesiana, unidirecional, preocupado apenas com a obtenção de uma resposta para as dúvidas acerca da autoria e materialidade do delito apurado¹¹⁴, traduzindo um pensamento reducionista-mecanicista sobre um instrumento (investigação policial) que lida com realidades antropológicas e sociais.

Já o paradigma garantista de investigação, que se alinha com os ditames de um Estado-constitucional, extrai o seu fundamento do pensamento sistêmico, a partir da capacidade de analisar e compreender o fenômeno criminal de um ponto de vista geral para o particular, do todo para a parte. A visão sistêmica proporciona uma forma de raciocínio que permite compreender os sistemas complexos e criar soluções para os conflitos que métodos mais lineares não permitem.

Segundo Edgard Morin, a teoria dos sistemas é um campo vasto, quase universal, comportando qualquer realidade conhecida, desde o átomo até a galáxia, passando pela molécula, a célula, o organismo e a sociedade. Tudo isso

¹¹³ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Coord. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador. JusPodium. 2015, p. 43.

¹¹⁴ A dúvida metódica de René Descartes leva à implicação de que todas as convicções anteriores são falsas, de modo que algo somente será crível se se estiver absolutamente certo de que esse algo é verdadeiro, sendo certo que a mais insignificante dúvida acerca da sua veracidade é suficiente para rejeitá-lo. In.: WARBURTON, Nigel. *Grandes Livros de Filosofia*. Lisboa. Edições 70. 2013, p. 66/67.

pode ser concebido como sistema, ou seja, associação combinatória de elementos direferentes¹¹⁵.

O método de análise sistêmica tem a virtude de compreender e descrever as forças e inter-relações que atuam em determinado fenômeno, possibilitando uma ação mais eficaz, consoante os processos de diferentes matizes (natural, econômico, social etc.) que interagem para a formação do fenômeno. No caso da investigação policial, a possibilidade de abordagem do fenômeno criminal, não como uma unidade elementar discreta, mas de modo sistêmico, complexo e interdisciplinar, lhe confere maior eficácia e legitimidade. Daí falarmos em *investigação policial sistêmica* como expressão sinônima de proficiência, de instrumento democrático de solução de conflitos. Com efeito, a investigação policial sistêmica é um modelo democrático de investigação policial que se estriba nos valores supremos da Justiça comprometida com o dever de perquirir as verdadeiras razões do fato delituoso em toda a sua completude social e dogmática. Manuel Valente assevera que a investigação não pode se consumir nas respostas ao *quê, como, onde, quando e quem*, mas deve responder ao *porquê?*¹¹⁶, isto é, deve encontrar as verdadeiras razões da infração penal, haja vista a exigência do rigor científico que se espera de um trabalho desapaixonado e imparcial. Este arquétipo de investigação alcança o fato criminoso em toda a sua extensão, razão pela qual o nomeamos de *investigação policial sistêmica*.

Ao inquirir todos os aspectos pertinentes ao fato criminoso, a investigação policial sistêmica apresenta verdades que vão muito além da autoria e da materialidade do delito, revelando as inter-relações entre autor, vítima e local do crime, bem como outros fatores, psicológicos ou sociais, que concorrem na cena do crime.

A investigação policial sistêmica funciona, antes de tudo, como um ditame da liberdade, não se prestando para derrogar direitos e garantias

¹¹⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa. Instituto Piaget. 2008, p. 28.

¹¹⁶ Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 50.

individuais ou mesmo para representar um instrumento de intimidação pessoal. O paradigma da hiper-eficácia do Direito Penal frente à crescente demanda de segurança pública encontra seus limites ontológicos no primado da dignidade da pessoa humana¹¹⁷ e a investigação sistema é orientada por esse primado.

Além disso, a investigação policial sistêmica não deve se prestar apenas para a descoberta da autoria e materialidade do delito, mas, também, para apontar o inocente, para municiar o Estado com informações sobre as realidades sociais e, assim, auxiliar o planejamento de políticas sociais. Serve, outrossim, para identificar os gargalos da criminalidade e, através das informações colhidas durante a tramitação dos atos investigatórios, promover ações de prevenção da criminalidade com base em estudos científicos criminológicos.

O modelo de investigação policial indiciária denota uma natureza eminentemente reativa e repressiva, peculiar a um padrão retributivo do Direito Penal clássico centrado na punição de um fato típico perpetrado no passado¹¹⁸. Vale dizer, a investigação policial é uma reação estatal condicionada à deflagração do evento criminoso, seja de forma consumada ou tentada, mas sempre visando ao esclarecimento da fenomenologia do crime, descortinando a dinâmica factual e a autoria da conduta desvaliosa¹¹⁹.

A ruptura com o paradigma indiciário de investigação policial para a promoção de um novo modelo alicerçado em referenciais garantistas evoca o pensamento sistêmico, o qual, por sua própria definição, inclui a transdisciplinaridade e foca na solução dos conflitos através da promoção dos direitos humanos, identificando a vulnerabilidade social na prática dos delitos e na sua vitimização.

¹¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume III*. Coimbra. Coimbra Editora. 2009, p. 159/160

¹¹⁸ Sobre o modelo clássico de investigação criminal ver SANTOS, Célio Jacinto dos; *Investigação Criminal Especial: Seu Regime no Marco do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre, Núria Fabris, 2013, p. 63/64.

¹¹⁹ Idem 116.

5.4.1. A Investigação Policial Sistêmica Como Elemento Integrante da Política Criminal

A dinâmica social determina a extensão e os limites da noção de política criminal, a qual continha em sua gênese uma ideia de ciência auxiliar do Direito Penal, cuja finalidade seria o combate ao crime, mas que hodiernamente, recebendo os sopros evolutivos da pós-modernidade, rompeu com sua obsoleta natureza intra-sistêmica em relação a outros ramos das ciências sociais para assumir um papel protagonista no estudo do fenômeno criminógeno, desta feita com *status* de ciência transistêmica a todo arcabouço jurídico penal¹²⁰.

A sociedade pós-moderna e a neocriminalidade requerem um sistema jurídico-penal fruto de um constructo histórico-social que não pode prescindir dos estudos científicos criminológicos, os quais devem nortear a formulação e a execução das políticas criminais¹²¹. A investigação policial é apenas um componente da complexa engrenagem do sistema de segurança pública que compreende ações de prevenção, controle e repressão da criminalidade. A atividade investigativa da Polícia é o rosto visível, a materialização de uma das faces da política criminal e, como tal, não deve se esgotar no crime, mas buscar compreender os fenômenos socialmente patológicos que tangenciam o delito¹²².

Miguel Reale adverte que a política criminal tem por escopo indicar soluções preventivas extrajurídicas no enfrentamento da criminalidade¹²³. A política criminal se municia com informações fornecidas por outros ramos científicos para formular estratégias de contenção da criminalidade, orientando

¹²⁰ Sobre o novo paradigma do conceito de política criminal, ver VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 65 e seguintes.

¹²¹ MIGUEL REALE assevera que a política criminal tem por escopo indicar soluções preventivas extrajurídicas no enfrentamento da criminalidade. Sobre o assunto, vide: REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral. 3ª Ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 71.

¹²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 71.

¹²³ REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral. 3ª Ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 71.

a atividade legislativa¹²⁴ e, principalmente, indicando diretrizes para a execução de políticas sociais que promovam a dignidade humana. Destarte, a política criminal é transistêmica ao Direito Penal e à criminologia, e o seu conceito não pode afastar-se dos dois grandes vetores, jurídico e social, sendo o seu mais importante mister a prevenção criminal.

A interpretação do fenômeno da criminalidade levada a efeito pela política criminal¹²⁵ alicerçada somente em bases teóricas está fadada ao insucesso. É imprescindível que se fundamente, também, em dados da realidade¹²⁶, os quais podem ser acessados, dentre outras fontes, através dos elementos coletados pela investigação policial. Trata-se de uma relação simbiótica porque à medida em que a política criminal subsidia a investigação policial com elementos ideológicos, teóricos e pragmáticos, a investigação policial produz informações e dados fáticos da realidade criminógena que são analisados pela política criminal. Neste contexto, o papel da investigação policial sistêmica se agiganta, porquanto ao buscar as respostas ao *quê, como, onde, quando, quem* e, principalmente, *porquê*, o investigador percorre todo o universo circunstancial do fato criminoso, em seus aspectos objetivos e subjetivos, ao mesmo tempo em que arregimenta um complexo banco de dados de caráter sociológico e policial.

¹²⁴ Cabe à política criminal orientar a atividade legislativa tanto na criação de novos tipos penais como também na descriminalização de condutas típicas. Para além disso, compete-lhe propor formas de punição compatíveis com a dignidade humana, a partir da análise dos efeitos da execução da pena ou da transação ou suspensão condicional do processo.

¹²⁵ Manuel Valente defende que, em sentido amplo, a política criminal é uma ciência autônoma cuja ação vai além de intervir e orientar a reforma penal, entrando na construção dogmática jurídico-penal. Para o referido autor, a política criminal evoluiu de uma perspectiva meramente positivista, circunscrita ao âmbito da lei penal incriminadora, para uma ciência cujos problemas se desdobram e se multiplicam numa pluralidade de direções e destinatários, que observa o *antes* e se projeta para *além* da reação penal indo ao encontro da reação social, econômica e de solidariedade social. In.: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 74.

¹²⁶ HASSEMER afirma que, para além de uma concentração nos fundamentos teóricos, a política criminal mais uma sensibilidade para uma ciência penal total, aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes. HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. AAFDL, Lisboa, 1995, p. 31.

5.4.2. Características da Investigação Sistemática

5.4.2.1. *Decisões Fundamentadas*

Os atos decisórios de uma investigação sistemática devem ser fundamentados, porque a fundamentação das decisões é uma garantia do interesse do investigado e, também, do interesse público. Para além disso, a fundamentação dos atos possibilita uma forma mais ampla de controle da investigação.

Fundamentar as decisões significa racionalizar os motivos de fato e de direito em que se baseiam os atos decisórios. Os motivos de direito são os dispositivos legais, as normas e princípios jurídicos em que o ato se fundamenta. Já os pressupostos de fato correspondem ao conjunto de circunstâncias, eventos e situações fácticas que levam a autoridade policial a praticar o ato.

Segundo as lições de Nereu Giacomolli, a fundamentação das decisões democratiza a investigação criminal e reduz a arbitrariedade. Além disso:

Possibilita a sua fiscalização e a sua contestação administrativa ou judicial, tornando a decisão entendível e legítima (controle interno e externo). É a fundamentação que permite aos interessados saber o porquê da conclusão em um sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (motivo da conclusão diferente) ¹²⁷.

Em um Estado Democrático de Direito que tem a dignidade humana como seu fundamento (art. 1º, III, Constituição Federal), a fundamentação das decisões das autoridades públicas é mais que uma obrigação, constituindo-se um verdadeiro pressuposto de validade do ato, sobretudo quando se trata de procedimentos investigativos cujos efeitos redundam em restrições de direitos fundamentais.

¹²⁷ Giacomolli, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 103/104

Bruno Zonotti invoca o princípio da justificação das decisões para reafirmar a necessidade de fundamentação da decisão final da investigação policial, defendendo a sua exposição de forma racional e jurídica, contemplando todas as questões que integram o conceito analítico de crime, bem como as hipóteses de extinção da punibilidade¹²⁸.

Uma das principais funções da obrigatoriedade de fundamentação das decisões é, sem dúvida, assegurar o contraditório e a ampla defesa. Nessa perspectiva, a instauração do inquérito policial, a lavratura do auto de prisão em flagrante, o indiciamento, o deferimento ou indeferimento das diligências solicitadas, o relatório conclusivo das investigações, bem como todas as decisões que, de alguma forma, importem restrição imediata ou potencial de direitos fundamentais, deverão ser motivadas e fundamentadas¹²⁹.

5.4.2.2. Oficialidade

Fernando Capez adverte que sendo a função penal eminentemente pública, a pretensão punitiva do Estado também deve ser deduzida por agentes públicos. Ademais, os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* não podem ser privados, haja vista a indisponibilidade do Processo Penal¹³⁰.

De fato, a repressão ao crime é uma função essencial e típica do Estado, devendo para este mister existirem órgãos oficiais devidamente instituídos por lei com a finalidade de assumirem a persecução penal. No caso da investigação policial sistêmica, além dos atos próprios de repressão, ela também se encarrega de municiar o Poder Público com informações oficiais e técnicas sobre o fenômeno criminal, objetivando subsidiar a formatação de políticas criminais. Portanto, não há como se afastar da obrigatoriedade de criação e manutenção de um órgão técnico especialmente destinado a este fim.

¹²⁸ ZANOTTI, Bruno Taufner; Santos, Cleopas Isaías. *Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática*. Salvador. Juspodivm, 2013.

¹²⁹ Idem 120.

¹³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 24.

A Constituição brasileira consagra o princípio da oficialidade ao dispor que a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I) e que a função de Polícia Judiciária incumbe à Polícia Federal (art. 144, § 1º, IV) e à Polícia Civil (art. 144, § 4º).

5.4.2.3. Sigilo Regrado

A publicidade dos atos emanados do Poder Público é um corolário do princípio democrático e mantém uma relação estreita com a humanização do Processo Penal. Trata-se, na verdade, de uma garantia para o indivíduo e para a sociedade.

Os procedimentos secretos caracterizam o sistema inquisitório e não se conformam com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Todavia, o êxito de qualquer investigação policial depende do sigilo de determinadas diligências, sob pena de comprometimento do sucesso das apurações.

Germano Marques da Silva adverte que a publicidade é uma garantia de transparência da Justiça, tendo como consectário lógico facilitar a fiscalização do procedimento. Nesta perspectiva, o ideal seria que o procedimento fosse inteiramente público como era o modelo primitivo do processo acusatório. Todavia, ressalta o referido autor:

A complexidade da sociedade e da criminalidade dos nossos dias, criminalidade frequentemente organizada e em organizações que transpõe fronteiras, torna muitas vezes necessária, ou pelo menos conveniente, uma fase da investigação da notícia do crime que decorra com reserva da publicidade de modo a evitar que os criminosos frustrem a descoberta da verdade, escondendo, destruindo ou dificultando a obtenção das provas dos factos criminosos.¹³¹

¹³¹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal II*. Lisboa. Verbo. 2008, p. 21.

A investigação policial sistêmica, assim como qualquer outra investigação policial, desenvolve-se fundamentalmente a partir do sigilo de suas diligências, o que não significa dizer que se trata de um procedimento secreto. O próprio Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 20, reza que a autoridade policial deverá assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, não admitindo, como se vê, o sigilo absoluto. Além disto, o art. 5º, LX, da Constituição Federal, preceitua que: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Temos, então, uma espécie de sigilo regrado, moderado ou mitigado, o qual, embora admita restrições ao acesso de informações da investigação, jamais se confunde com procedimento secreto.

Conforme já destacado, o Supremo Tribunal Federal sentenciou que, embora o sigilo seja necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, por não mais subsistir a necessidade do sigilo. (HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, *DJ* de 6.10.2006). Enquanto a publicidade dos atos constitui uma defesa contra ilegalidades, corrupções e indulgências, o procedimento secreto revela o temor da justiça à crítica do povo, nega ao investigado o direito de defesa, criando um regime de censura e irresponsabilidade¹³².

No que tange à investigação policial sistêmica, o sigilo deve ser analisado sob dois aspectos: um objetivo e outro subjetivo. O aspecto objetivo encerra uma visão estritamente ligada ao interesse da apuração, isto é, o sigilo constitui um elemento funcional da investigação na medida em que proporciona à autoridade policial as condições necessárias para a completa elucidação do fato, sem oposição de empecilhos e óbices à colheita de provas, evitando-se a ocultação informações, a persuasão de testemunhas e, até mesmo, a fuga do suspeito. Já o aspecto subjetivo diz respeito à intimidade do investigado, uma vez que a publicidade da investigação coloca em causa os direitos da

¹³² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo. Atlas. 2004, p. 48.

personalidade da pessoa que se encontra sob investigação. Sendo a investigação policial sistêmica norteada pelo primado da dignidade da pessoa humana, é necessário que a autoridade policial assegure, na medida do possível, a proteção da imagem do investigado, envidando esforços para que não haja exposição indevida ao público, especialmente através da mídia, resguardando-se, assim, seu estado de inocência.

Portanto, a autoridade policial deverá garantir o sigilo necessário das investigações para se assegurar o direito à inviolabilidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do investigado, porquanto esses atributos da pessoa humana constituem direitos da personalidade que são uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, não podendo ser usurpados ou vilipendiados sem que haja uma causa justa. Flávio Tartuce adverte que os direitos da personalidade são prerrogativas que garantem uma convivência digna, com liberdade e igualdade, sem distinções de raça, credo ou origem, sendo tais garantias essenciais ao ser humano, sem as quais a pessoa não atinge a sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver¹³³.

Os princípios que regem a investigação sistêmica garantem o sigilo necessário ao bom termo das investigações policiais, mas, igualmente, impedem que as informações do inquérito fiquem à mercê daqueles que não demonstrem relação direta com os fatos apurados, homenageando, assim, o princípio da presunção de inocência.

5.4.2.4. *Inquisitivo Regrado*

O procedimento inquisitivo caracteriza-se pela concentração das atividades persecutórias nas mãos de uma única autoridade, a qual age de ofício, independentemente de provocação, na apuração de um fato criminoso. Por não haver acusação formal, os princípios do contraditório e da ampla defesa são mitigados.

¹³³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo. Método. 2012, p. 85.

Em que pese a inquisitorialidade que notabiliza a investigação policial, é de se ressaltar que em um Estado Democrático de Direito não há espaço para processos e procedimentos totalmente descomprometidos com o contraditório e com a ampla defesa. A democracia franqueia o exercício do direito de defesa em qualquer tempo e em qualquer tipo de imputação, mesmo que não haja acusação formal¹³⁴.

A tendência de se desvirtuar a atuação da defesa na fase pré-jurisprudicional deve ser rechaçada porque não se conforma com o Estado-constitucional. De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, constitui um evidente desvio de percepção a tentativa de afastar o direito de defesa (e o contraditório) da fase preliminar, supondo-se que eles comprometem a eficiência investigativa. E acrescentam os referidos processualistas: “Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação”¹³⁵.

A investigação policial sistêmica não pode prescindir de oportunidades para o exercício do direito de defesa por parte do investigado. O próprio direito ao silêncio caracteriza-se como uma espécie de autodefesa que não pode ser subtraída do investigado. É de se notar que o princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, o direito de não produzir prova contra si mesmo, está consagrado pela Constituição e pela legislação supraconstitucional como um direito mínimo do acusado, tendo plena vigência na investigação policial sistêmica.

Por fim, vale destacar a abordagem de Nestor Távora e Romar Rodrigues Alencar que, citando Didier Jr., asseveram:

Vivemos numa fase de processualização dos procedimentos, e estes, como métodos de exercício do poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, ampliando-se o

¹³⁴ Sobre o exercício do direito de defesa no inquérito policial, consulte SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo. RT. 2004.

¹³⁵ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 107.

espectro horizontal de incidência dos direitos e garantias fundamentais¹³⁶.

5.4.2.5. Instrumentalidade

A investigação policial sistêmica tem como característica fundamental a instrumentalidade, já que se presta para a aplicação do Direito Penal no caso concreto, na medida em que busca a reunião de elementos indiciários que servirão de base para a propositura da ação penal ou para o arquivamento da persecução criminal. Além disso, ela serve também como meio de obtenção de informações para a elaboração de políticas criminais.

A investigação policial ainda deve funcionar como elemento de filtragem do sistema penal, impedindo a deflagração do processo quando não exista justa causa e, da mesma forma, evitando que pessoas inocentes sejam processadas.

5.4.2.6. Imparcialidade da Autoridade Policial

Embora o Estado tenha interesse na apuração do fato criminoso, a autoridade policial responsável pela investigação deve manter o seu espírito isento.

O investigador deve estar imbuído de um espírito científico e imparcial que lhe outorgue a competência necessária para a coleta de elementos probatórios idôneos a revelarem o verdadeiro culpado ou, ainda, o inocente, bem como toda a realidade circunstancial em que o fato criminoso está inserido, dados esses imprescindíveis ao trabalho do magistrado quando da dosimetria da pena (em caso de condenação). Fala-se então em investigação sistêmica como sinônimo de investigação criminal científica, a qual pressupõe a necessária independência do órgão policial no exercício da sua função investigativa, de modo que a Polícia atenda aos interesses da sociedade e não de uma classe detentora do poder. Embora não existam na legislação processual brasileira

¹³⁶ *Idem.*

casos de suspeição e impedimento da autoridade policial, em termos éticos e morais, o investigador não pode levar a efeito uma investigação caso não esteja com o espírito livre.

5.4.3. Princípios Regentes da Investigação Policial Sistêmica

5.4.3.1. Princípio da Legalidade Processual

O princípio da legalidade processual (também conhecido no Brasil como princípio da obrigatoriedade) obriga a autoridade policial a dar início à investigação policial, bem como ao Ministério Público promover a ação penal.

Conforme já tratado anteriormente, no trâmite da persecução criminal não há espaço para juízos de conveniência e oportunidade. O interesse público impõe ao Estado o dever de apurar as infrações penais para que não haja impunidade - *nec delict moneant impunita*. Segundo Mirabete, a prática de uma infração penal obriga o Estado a promover o *jus puniendi*, sem que se conceda aos órgãos a quem se atribui a persecução penal poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz¹³⁷.

Assim, se de alguma forma a autoridade policial toma conhecimento de uma *notitia criminis*, sendo o delito de ação penal pública incondicionada, estará ela obrigada à instauração, de ofício, da investigação policial. O início da investigação policial independe de requisição judicial, ou do Ministério Público, ou mesmo de requerimento da parte interessada. A Polícia está subordinada ao princípio da obrigatoriedade.

¹³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo. Atlas. 2004, p. 50.

Ressalte-se que o princípio da legalidade processual não atua apenas na instauração da investigação policial, mas em todos os atos a ela inerentes, estando a autoridade policial vinculada ao dever de estrita obediência à lei na prática de qualquer ato investigativo. Por conseguinte, não pode o Delegado de Polícia, ao seu talante, encerrar um inquérito deflagrado porque vigora o princípio da indisponibilidade, como corolário do princípio da obrigatoriedade. Aliás, a indisponibilidade da investigação policial impede, inclusive, que o inquérito fique sem andamento por prazo indeterminado, devendo ser observados os prazos de tramitação fixados na legislação processual.

Ocorrendo uma hipótese de atuação de acordo com o mandamento legal, a autoridade policial não poderá se furtar a praticar o ato pertinente, porquanto o princípio da obrigatoriedade comina uma obrigação de fazer ou de não fazer, consoante os termos da lei.

O princípio da legalidade processual, entretanto, não subtrai da autoridade policial a prerrogativa de interpretar a lei e de exercer a hermenêutica jurídica. Por sua própria natureza, os atos investigativos demandam complexos juízos de valor que resultarão na verificação, em concreto, da existência ou não da obrigatoriedade de atuação da autoridade policial ou, ainda, da atuação em tal ou qual sentido.

Atos investigatórios como concessão de fiança, prisão em flagrante e indiciamento são regidos pelo princípio da obrigatoriedade que inflige à autoridade policial o dever de cumprir a lei, não havendo que se falar em juízo de conveniência e oportunidade.

5.4.3.2. *Princípio da Ultima Ratio*

O desequilíbrio causado pela atividade criminosa atinge a sociedade de maneira fulcral e exige uma ação estatal para recomposição do tecido social esgarçado pelo crime perpetrado. Há, por assim dizer, a necessidade de concretização de uma reação estatal que seja proporcional ao mal causado em

face dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Diante deste estado de coisas, não resta outra opção ao Estado senão a de invocar a sua *ultima ratio*, isto é, empregar o sistema criminal, através das instituições policiais, do Ministério Público e do Poder Judiciário, sempre subordinado aos princípios que regem o Direito Penal.

Pelo fato do Direito Penal se constituir no instrumento de controle social mais drástico e mais violento, a sua intervenção somente se legitima quando for o meio indispensável para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado, isto é, quando os outros ramos do Direito (como o Direito Civil e o Direito Administrativo, por exemplo), não se mostrarem suficientes para a solução do conflito. Assim também ocorre com o Processo Penal e com a investigação policial. O Estado não se pode valer arbitrariamente da investigação policial porque ela é um limite ao poder estatal, uma garantia do cidadão, somente se justificando em casos penalmente relevantes. A investigação policial só é válida para a apuração de infrações penais, não podendo o Estado lançar mão deste instrumento processual, por exemplo, em ações de coordenação do fluxo de informações para decisões governamentais e tampouco com o escopo de servir ao sistema de inteligência do governo na obtenção, análise e disseminação de conhecimentos sobre fatos que porventura tenham relação com a segurança nacional, porém, desvinculados de qualquer indício concreto de prática criminosa¹³⁸.

5.4.3.3. Princípio da Presunção de Inocência

Dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença. Antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, somos todos presumidamente inocentes e esse *status* aufere contornos mais pronunciados na investigação policial, nomeadamente em face de medidas constritivas de

¹³⁸ Sobre o Sistema Brasileiro de Inteligência, consulte a Lei 9.883/99.

direitos como prisões cautelares, quebras de sigilos bancário e fiscal, busca e apreensão domiciliar, sequestro de bens, etc.

Em uma clássica contraposição dos direitos fundamentais apontada por Jorge Miranda, fundada na sua estrutura, na sua natureza e na sua função, temos de um lado os *direitos propriamente ditos*, e, de outro, as *garantias*¹³⁹. O princípio da presunção de inocência insere-se dentro da noção de *garantia*, já que os direitos propriamente ditos representam certos bens em si mesmos, enquanto as garantias destinam-se a assegurar condições para fruição desses bens. Não resta dúvida de que a presunção de inocência se traduz numa garantia ao direito à liberdade.

A presunção de inocência impede uma antecipação do juízo de culpabilidade, impondo que as medidas cautelares sejam requeridas e, sobretudo deferidas, diante de elementos fáticos concretos que justifiquem a necessidade de se acautelar o futuro provimento jurisdicional através das citadas medidas processuais. As medidas cautelares só devem ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento antes de transitar em julgado a sentença condenatória deve figurar como medida de estrita exceção.

5.4.3.4. Princípio do Contraditório

Previsto no art. 5º, LV, da Constituição brasileira, o princípio do contraditório pode ser entendido como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo e a consequente faculdade de manifestação sobre tais atos¹⁴⁰. A doutrina sintetiza este princípio no binômio “informação + possibilidade de manifestação”¹⁴¹.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. Coimbra. Coimbra. 2008, p. 112/113

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1990, p. 4.

¹⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do processo*. Rio de Janeiro. Aide. 1992, p. 126.

Não há processo justo sem a estrita observância do contraditório, sendo este princípio uma condição essencial para a própria existência do processo. Alexandre Freitas Câmara chega a afirmar que o contraditório é o elemento identificador dos processos estatais destinados à elaboração de provimentos resultantes do exercício do poder soberano¹⁴².

Mesmo na fase pré-jurisdicional, embora em grau diferenciado da realidade processual *in judicium*, não se afasta o contraditório e o direito de defesa, os quais se materializam, por exemplo, no requerimento de diligências, no direito ao silêncio, no direito de acesso aos autos da investigação e no direito a assistência de advogado e, até mesmo, na utilização de remédios de garantia como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Segundo o entendimento majoritário, o contraditório no inquérito policial é mitigado, já que se trata de um procedimento inquisitivo de caráter informativo. Em se tratando de uma investigação policial sistêmica, com maior razão o princípio do contraditório deve ser prestigiado. Assim, por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro já assegura em várias situações um exercício moderado do contraditório, como é o caso do acesso do advogado aos elementos de prova já documentos nos autos da investigação (Súmula vinculante nº 14) e do direito à assistência de advogado em caso de prisão (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal).

O Estado democrático não admite qualquer tentativa de se desvirtuar a atuação da defesa na fase de investigação policial. Assegurar a eficiência das apurações não significa a eliminação integral do direito de defesa, uma vez que, seja como procedimento, seja como processo pré-jurisdicional, a investigação policial é uma forma de exercício de poder e, como tal, submete-se aos limites impostos pelos direitos e garantias individuais.

¹⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 57.

5.4.3.5. Princípio da Legalidade

A Polícia, como face visível da lei e do Estado não detém um exercício material do poder ilimitado ou arbitrário, mas está subordinada à Constituição Federal e à lei. Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou da investigação policial. Estão vinculados ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade). Este princípio tem sua gênese no Estado de Direito e simboliza uma das principais garantias de respeito aos direitos e garantias individuais, já que a lei, ao mesmo tempo em que define os direitos individuais, também fixa os limites de atuação do Estado para que tais direitos não sejam indevidamente afetados pela ação restritiva do Poder Público¹⁴³.

A Polícia Investigativa, como de regra toda a Administração Pública, está submetida ao princípio da legalidade, isto é, ela só pode atuar nos limites da lei. Prevalece, aqui, a ideia de que o conteúdo da investigação policial decorre da lei, não podendo a autoridade policial fazer concessões, criar obrigações ou restringir direitos sem que haja o devido enquadramento legal.

Quanto maior o grau de submissão da instituição policial ao princípio da legalidade, maior será a dimensão da democracia. Desta forma, a investigação policial sistêmica está completamente subordinada à lei, sendo a autoridade policial seu instrumento de fiel cumprimento das finalidades normativas. A subordinação à lei é um elemento essencial para a confiança da sociedade na integridade da investigação, sendo essa confiança fundamental para a manutenção da ordem e da estabilidade social e, por conseguinte, condição de legitimação sociológica da atividade investigativa.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Atlas. 2003, p. 67/68.

5.4.3.6. Princípio da Proporcionalidade

Princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso significa que a atuação policial de restrição de direitos, liberdades e garantias deve se ater aos limites necessários para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos, isto é, deve atentar para a necessidade e adequação dos meios empregados para a obtenção de um fim.

O fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, sendo o seu fim a limitação de atos e decisões emanados no âmbito da investigação policial que tendem a ultrapassar os parâmetros adequados. Manuel Valente adverte que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é “informador do princípio da legalidade como limite a quaisquer arbitrariedades do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Afirma-se como princípio densificador da dignidade da pessoa humana”¹⁴⁴.

De acordo com a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade consolida-se em três pilares fundamentais: a) adequação; b) exigibilidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa coerência entre o meio empregado e o fim colimado. São os meios, e não os fins, que justificam a investigação policial. Por exigibilidade entende-se a necessidade da prática do ato ou tomada da decisão, por não haver outro meio menos gravoso ou oneroso para se alcançar o fim proposto pela investigação policial. Diz respeito, portanto, à exigibilidade, ou não, da adoção de medidas restritivas. Já a proporcionalidade em sentido estrito significa que as vantagens a serem conquistadas pela prática do ato superem as desvantagens¹⁴⁵.

De nada adianta ser o ato legal se ele não for proporcional, porque estará inexoravelmente maculado pelo excesso de poder. A proporcionalidade na investigação policial sistêmica deve ser medida não pelos critérios pessoais da autoridade policial, mas segundo os padrões vigentes na sociedade.

¹⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra. Almedina. 2012, p. 176.

¹⁴⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005, p. 28.

6. CONCLUSÃO

Não resta dúvida de que o Estado tem a dupla missão de garantir a paz social ao mesmo tempo em que resguarda os direitos fundamentais do indivíduo. Portanto, as intervenções estatais ocorrem sob uma tensão pronunciada entre estes dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito. Os desajustes resultantes desta tensão devem ser resolvidos com equilíbrio e proporcionalidade, creditando igual valor à função ética de proteção de bens jurídicos e à função limitadora, ambas desempenhadas pelo Direito Penal¹⁴⁶. Neste contexto, sociedade e indivíduo assumem posições antagônicas porque as suas pretensões também o são. O Estado exerce uma função mediadora.

O Direito Penal moderno vem sendo edificado há mais de dois séculos sob bases construídas a partir do equilíbrio entre a necessária consideração de interesses sociais de proteção de determinados bens fundamentais à vida em sociedade e a inderrogável preocupação de se evitar que a realização destes interesses sociais se convertam em uma intromissão excessiva dos poderes públicos nos direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Esta dupla orientação tem feito com que os modelos de intervenção penal contemporâneos sejam alvos de uma incômoda desconfiança por parte da sociedade que menospreza a capacidade dos poderes públicos para fazer uso moderado das amplas possibilidades de atuação que lhes outorgam os instrumentos de persecução criminal e execução de penas¹⁴⁷.

A harmonização entre o direito à liberdade do cidadão e o dever do Estado de manter a segurança deve ser a missão perene das democracias pós-modernas. A liberdade e a segurança devem coexistir sem que haja perdas de

¹⁴⁶ É o que a doutrina denomina de *garantismo positivo*. MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de asseveram que o *garantismo positivo* corresponde à função estatal de garantir a existência e a integridade dos bens e direitos individuais e coletivos contra ataques injustos de particulares ou entidades coletivas. In: *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 201, p.. 25/30.

¹⁴⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La Política Criminal em La Encrucijada*. Buenos Aires. Bdef Montevideo. 2007, p. 91/92.

um direito em relação ao outro, preservando-se a extensão e o alcance de conteúdo de cada um¹⁴⁸.

A busca de um equilíbrio entre o *securativismo* e o *garantismo* deve resultar na estabilidade entre a tutela de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão e a salvaguarda dos direitos fundamentais. A convivência social harmônica e pacífica depende da observância rígida não só dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas igualmente dos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos). Neste campo não há espaço para desproporcionalidade.

Neste contexto, a perspectiva tridimensional da investigação policial franqueia ao pesquisador uma visão ampla e multifacetada do fenômeno criminal, permitindo um estudo analítico e fragmentário do problema, na medida em que decompõe, para fins didáticos, três elementos fundamentais de um corpo jurídico-sociológico indivisível: sociedade, investigado e Estado.

No estudo da tridimensionalidade da investigação policial, a sociedade e o investigado se colocam em posições contrárias criando uma antinomia aparente entre direitos fundamentais e segurança pública, cabendo ao Estado Democrático de Direito solucionar este conflito de modo a promover a Justiça por meio do equilíbrio entre a tutela dos direitos e interesses dos indivíduos, da sociedade e do próprio Estado.

O grande desafio é apontar subsídios teóricos, principiológicos e legais para formatar uma investigação policial consentânea com os primados de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, a visão tridimensional da realidade jurídica/social na qual está inserida a investigação policial possibilita um diagnóstico mais específico do problema e, por conseguinte, fornece os argumentos doutrinários capazes de construir um modelo investigatório mais adequado às aspirações pós-modernas de um Estado-constitucional.

¹⁴⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 333.

A síntese do confronto entre as diferentes percepções da sociedade e do investigado sobre o mesmo fenômeno, a investigação policial, nos é apresentada pelo Estado Democrático de Direito, através de um paradigma garantista de investigação ao qual nomeamos *investigação policial sistêmica*.

O modelo de investigação policial sistêmica está estruturado com base no pensamento sistêmico que tem como virtudes, segundo Edgar Morin:¹⁴⁹

- a) Situar-se a um nível transdisciplinar que concebe a unidade da ciência e, ao mesmo tempo, a diferenciação das ciências, não apenas segundo a natureza material do seu objeto, mas também segundo os tipos e as complexidades dos fenômenos de associação/organização;
- b) Colocar no centro da teoria uma unidade complexa, um todo que não se reduz a somas de suas partes constitutivas.

A investigação policial sistêmica, malgrado de natureza processual, é transistêmica, porque objetiva a unidade do conhecimento e a compreensão da realidade por meio de uma abordagem científica que articula elementos pertinentes a diversas disciplinas, não se limitando ao conteúdo penal e processual penal, buscando sempre a compreensão da complexidade. Trata-se de um modelo de investigação policial alicerçado na Ciência Global do Direito Penal, porque o sistema jurídico-penal não pode se fundamentar apenas no Direito Penal, mas precisa se apoiar nos estudos científicos criminológicos, os quais norteiam a formulação e a execução das políticas criminais. A investigação criminal é apenas um componente da complexa engrenagem do sistema de segurança pública que compreende ações de prevenção, controle e repressão da criminalidade.

¹⁴⁹ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa. Instituto Piaget. 2008, p. 29.

A investigação policial é uma atividade típica do Estado e, considerando-se as suas potencialidades, não pode limitar o seu objeto ao crime como um fato isolado. Sendo um instrumento de controle social, a investigação precisa compreender os fenômenos socialmente patológicos relacionados ao delito, sendo capaz de diagnosticar as causas e propor formas de prevenção.

A lógica inerente à investigação policial sistêmica reconhece que a qualidade da resposta ao crime não depende apenas da punição do infrator, mas passa pelo atendimento das expectativas dos autores dos crimes e das vítimas (de suas famílias), bem como da comunidade onde ocorreu a infração penal¹⁵⁰. É através do diálogo com outras áreas do conhecimento científico, como a sociologia, com a criminologia e com a psicologia, que a investigação policial se torna capaz de atender a essas expectativas, notadamente através da sua simbiose com a política criminal e, por conseguinte, da prevenção criminal. Esta atitude empática de abertura a conhecimentos de outras disciplinas qualifica a investigação policial sistêmica para exercer um papel funcional fora da repressão estatal, sem, contudo, deixar cumprir o encargo de instância formal de controle social.

É de se notar que os novos paradigmas da criminologia moderna nos apresentam uma realidade onde a repressão do delito é substituída pela prevenção, tendo em vista o insucesso do modelo repressivo clássico¹⁵¹. De modo geral, as teorias criminológicas sugerem que a prevenção da criminalidade demanda mudanças de seres humanos e também das estruturas sociais. Sendo estes dois modos de atuação particularmente complexos, senão inexequíveis, surge o desafio de se encontrar outros meios de prevenção do crime¹⁵².

¹⁵⁰ CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. Niterói. Impetus. 2013, p. 04.

¹⁵¹ SUMARIVA, Paulo elenca outros paradigmas da criminologia moderna: a) custos elevados da execução da pena; b) Intervenção tardia do Estado; c) Falta de efetividade real; d) Avanço da criminologia, agora vista como ciência; e) Estudos e pesquisas do crime; f) Compreensão do fenômeno criminal com todas as suas variáveis. *In Criminologia Teoria e Prática*. Niterói. Impetus. 2013, p. 78.

¹⁵² AGRA, Cândido da; KUHN, André. *Somos todos criminosos?* Alfragide. Casa das Letras, 2010, p. 66.

Manuel Valente¹⁵³ adverte que os modelos clássicos e neoclássicos de prevenção criminal centrada na ameaça da pena como instrumento de dissuasão social são inoperantes face à crescente especialização e complexidade da neocriminalidade. Partindo desse diagnóstico, a questão deve ser enfrentada a partir de um paradigma mais amplo, o qual compreenda a trilogia funcional da repressão da criminalidade com seus elementos: *política criminal*; *Polícia* e *Ministério Público*. A prevenção da criminalidade ganha dimensões extra penais que contemplam a reinserção do infrator e a reintegração de bens jurídicos lesados. Esta nova realidade da *sociedade de risco* ou dos *tempos líquidos* requer uma política criminal globalizante com vários atores protagonistas, em uma abordagem sistêmica que abranja aspectos sociais, econômicos, culturais, educativos, políticos, judiciários e policiais. Trata-se de um modelo de prevenção que mais se subsume aos ditames do Estado Democrático e que vela pelo equilíbrio dinâmico ente os direitos do indivíduo e os interesses da sociedade.

A política criminal globalizante ressalta a importância da *prevenção primária* cuja nota característica é a consciência coletiva advinda das prestações sociais de intervenção comunitária, a qual fortalece e capacita socialmente os cidadãos para viverem conforme com o direito, zelando pelo bem comum e abstendo-se de transgredir a lei. Da mesma forma, a política criminal globalizante reforça a *prevenção secundária*, de atuação posterior ou na iminência do crime, consistente “no conjunto de ações policiais e políticas legislativas dirigidas aos setores específicos da sociedade que podem vir a sofrer com o problema da criminalidade.”¹⁵⁴ Outrossim, a política criminal globalizante enfoca a *prevenção terciária*, voltada à população carcerária e à recuperação do recluso, objetivando evitar a sua reincidência através da ressocialização.

A prevenção como principal divisa de uma política criminal global enaltece a democracia, tornando a segurança um resultado da liberdade e da justiça. O papel da investigação policial sistêmica na prevenção ganha relevo

¹⁵³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 285/301.

¹⁵⁴ SUMARIVA, Paulo. *Criminologia Teoria e Prática*. Niterói. Impetus. 2013, p. 80.

porque ela se constitui em uma das mais ricas fontes de informações para elaboração de políticas criminais.

Ao indagar em toda a sua plenitude as verdadeiras razões do fato, em toda a sua completude social e dogmática, a investigação policial sistêmica consolida um ideal supremo de Justiça, revelando as inter-relações entre autor, vítima e local do crime, bem como outros fatores, psicológicos ou sociais, que concorrem na cena do crime.

A investigação policial sistêmica lida com o fenômeno criminal não apenas como um fato penalmente relevante, mas também como um fato social. A partir da transdisciplinaridade e da interação com o meio social, a investigação policial sistêmica irá formular respostas para a autoria e a materialidade do delito, e, sobretudo, irá angariar informações para aprovisionar o Estado com elementos sobre as realidades sociais e criminais, subsidiando o planejamento das ações governamentais.

Como se vê, o estudo da tridimensionalidade da investigação policial nos permite conceber o verdadeiro papel do Estado Democrático de Direito na mediação conflitos gerados pelas tensões entre as aspirações da sociedade e do investigado, franqueando a possibilidade de construção de um modelo garantista de investigação policial focado na solução dos conflitos através da promoção dos direitos humanos, bem como da preocupação em se identificar as vulnerabilidades sociais na prática dos delitos e na sua vitimização.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Cândido da; KUHN, André. **Somos todos criminosos?** Alfragide. Casa das Letras, 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo. Método. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Provas em Processo Penal**. Coimbra. Coimbra Editora. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro. Revan. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro. Zahar. 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a Uma Outra Modernidade**. São Paulo. Editora 34. 2016.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Studies In The Sociology Of Deviance**. New York. The Free Press. 1998.

BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Barcelona. Labor, 1943.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para Uma Teoria Geral da Política**. São Paulo. Paz & Terra. 2014.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Campus. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, vol. I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. Coimbra. Almedina. 1993.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. Niteroi. Impetus. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Saraiva. 2009.

CARVALHO; Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

CHALLAND, Gérard; BLIN, Arnaud. **The History of Terrorism From Antiquity to ISIS**. Oakland, California: University of California Press, 2007.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Lisboa. Edições 70. 2012

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime**. Coimbra. Editora Coimbra. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra. Editora Coimbra. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas. 2003.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método**. São Paulo. Martin Claret. 2011

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. Niteroi/RJ, Impetus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes; ZILLI, Marcos. Coord. **Terrorismo e Justiça Penal. Reflexões Sobre a Eficiência e o Garantismo**. Belo Horizonte. Fórum. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

_____. **Democracia y Garantismo**. Madrid. Editorial Trotta. 2010

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro. Nau. 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A Fase Preliminar do Processo Penal: Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre. Penso. 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General Del Proceso**. Barcelona. Labor. 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. Aide. 1992.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1990

HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-guerra**. AAFDL. Lisboa.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo. Edipro. 2105.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Del Enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid. Civitas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

LEGROS, Robert. **O Advento da Democracia**. Lisboa. Instituto PIAGET. 1999.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. Rio de Janeiro. José Konfino, 1977.

LOEWENSTEIN, Kart. **Teoria de La Constitucionalización**. Barcelona. Ariel. 1976.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo. Jardins dos Livros. 2015.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral**. São Paulo. Método. 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais e as Possíveis Limitações**, in Gilmar Ferreira Mendes / Inocência Mártires Coelho / Paulo Gustavo Gonet Branco (org.), *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília. Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo. Atlas. 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Estudos de Direito de Polícia. 1º Volume**. Lisboa. ACFDL. 2003.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra. Coimbra. 2008.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Vol. 1. Rio de Janeiro. Saraiva. 2012.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. 2006.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo. A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba. Juruá. 2011.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Lisboa. Instituto Piaget. 2008.
- MORUS, Tomás . **A Utopia**. Porto Alegre. L&PM Pocket. 2015.
- Naucke, Wolfgang, Hassemmer, Winfried e Lüderssen, Klaus. **Principales Problemas de La Prevención General. Montevideo-Buenos Aires**: Editorial B de f. 2004.
- NOTTARP, Hermann. **Gottesurteilstudien**. München: Kösel, 1956.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.
- PEREIRA, Eliomar da Silva (Org.) **Caderno Didático “Introdução ao Estudo da Polícia”**. Academia Nacional de Polícia, 2009.
- _____. **Caderno Didático de Metodologia da Investigação Criminal. Unidade I. A Investigação Criminal**. Academia Nacional de Polícia. 2009.
- _____. **Investigação, Verdade e Justiça. A Investigação Criminal Como Ciência na Lógica do Estado de Direito**. Porto Alegre, Nuria Fabris, 2014
- PLATÃO. **A República**. São Paulo. Martin Claret. 2015.
- REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal. Parte Geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.
- Rico, José María. **Justiça Penal y Transición Democrática em América Latina**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal em La Encrucijada**. Buenos Aires. Bdef Montevideo. 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo. Penguin Companhia. 2014.

ROXIN, Claus. A Proteção dos Bens Jurídicos como Função do Direito Penal. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.

ROYO, Elena M^a Górriz. Constitución, **Derechos Fundamentales Y Sistema Penal. Tomo I**. Valencia: Tirant lo Blach, 2009.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo. RT. 2004.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias**. Coimbra. Coimbra. 2012.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à Lavagem de Dinheiro. Teoria e Prática**. Campinas. Millennium. 2008.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação Criminal Especial: Seu Regime no Marco do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre, Núria Fabris, 2013.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, George. **A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro**. In: Direitos Fundamentais Na Constituição De 1988: Estudos Comemorativos Aos Vinte Anos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVA, Germano Marques da. **Ética Policial e Sociedade Democrática**. Lisboa. ISCPSI. 2001.

_____. **Curso de Processo Penal II**. Lisboa. Verbo. 2008

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, nº 122, abr./jul. 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. São Paulo. RT, 2002.

SOUSA, António Francisco de. **A Polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia Teoria e Prática**. Niterói. Impetus. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo. Método. 2012

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano**. Lisboa, Universidade Católica, 2013.

_____. **Teoria Geral do Direito Policial**. Coimbra. Almedina. 2012.

_____. **Ciências Policiais Ensaio**. Lisboa. Universidade Católica. 2014.

_____. **Segurança um Tópico Jurídico em Reconstrução**. Lisboa. Âncora Editora. 2013.

WARBURTON, Nigel. **Grandes Livros de Filosofia**. Lisboa. Edições 70. 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro. Revan. 2013.

ZAFFARONI, Raúl E. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2013.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática**. Salvador. Juspodivm, 2013.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Coord. **Temas Avançados de Polícia Judiciária. Salvador**. Juspodivm. 2015.